

REVISTA

# CREA



UNIVERSIDAD  
CATOLICA DE  
TEMUCO

Facultad de Cs. Sociales y Jurídicas  
Escuela de Derecho

---

**CENTRO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS**

**Número 6 - Año 6 - 2009**



# REVISTA CREA



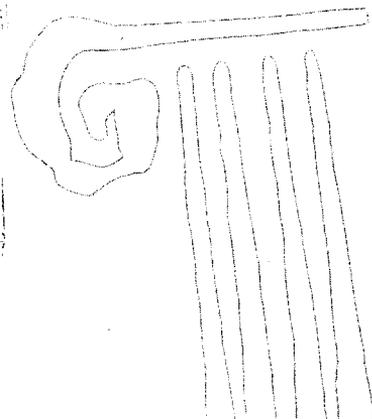
UNIVERSIDAD  
CATOLICA DE  
TEMUCO

Facultad de Cs. Sociales y Jurídicas  
Escuela de Derecho

---

**CENTRO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS**

**Número 6 - Año 6 - 2009**



Director  
*Christian de la Harpe Palma*

Coordinadora Revista CREA  
*Deyanira Salazar Villarroel*

Diagramación e impresión  
*Alfabeto Artes Gráficas*  
*Carmen 1985, Santiago*



Esta obra está bajo Licencia Atribución-No Comercial-Licenciar Igual 2.0 Chile de Creative Commons. Quedan los derechos liberados para copiar, distribuir, mostrar y realizar su trabajo y trabajos derivados basados en ella, pero solo para propósitos no comerciales. Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales de los autores.

Las opiniones y juicios expresados por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

# Índice

EDITORIAL .....	5
SOCIEDADES TOLERANTES: ENTRE EL CHOQUE Y LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES Franco Oscar Daniel Conforti .....	7
MÁS ALLÁ DE SI, DE ACUERDO Ana María Silva Jiménez .....	17
LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE, EL CASO DE ECUADOR Francisco Endara Flores .....	31
LA MEDIACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL Ulf Christian Nordenstahl .....	45
MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN VENEZUELA Irma Isabel Lovera de Sola .....	57
RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR Y SINDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL. ABORDAJE A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR Adriana Cecilia Palavecino Cáceres .....	75
MEDIACIÓN, RUPTURA DE PAREJA Y DERECHOS DEL NIÑO Deyanira Salazar Villarroel .....	93
TRES PROBLEMAS JURÍDICOS ASOCIADOS AL CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LOS MEDIADORES FAMILIARES María Cecilia García Petit - Gloria Aguilera Lillo .....	101



## Editorial

En la Resolución Alternativa de Conflictos respiramos nuevos aires. En los últimos años hemos experimentado un posicionamiento mayor en términos legislativos, académicos, técnicos y comunicacionales. Estos métodos paulatinamente han ido dejando de pertenecer a un mundo privado compuesto por los que trabajamos en el área, tomando un lugar en el concierto social. Hemos presenciado cómo las formas no adversariales cada día avanzan buscando aportar desde su particular visión, una alternativa más pacífica, transparente y sana para todos. Esto involucra una masificación de temáticas que requieren ser digeridas por las distintas culturas que componen nuestras sociedades y de nuevos esfuerzos de quienes confiamos en sus bondades. Esto, como ya es costumbre, va aparejado de un sinnúmero de dificultades y resistencias que aparecen como naturales en todo proceso que involucra un cambio de paradigma. Y efectivamente, la extrapolación de los métodos alternativos de resolución de conflictos a un plano mayor, introduce un cambio de mirada acerca de las formas en que históricamente hemos producido, vivido y resuelto los distintos problemas, generando un debate público y privado, que aparece como una posibilidad de continuar por la senda de la integración.

Estos nuevos aires nos han motivado a relanzar nuestra Revista CREA: Actualidad en Resolución Alternativa de Conflictos. Tengo el agrado de presentar el N° 6, que isomórficamente con los tiempos que viven los temas en que trabajamos, ha experimentado algunos cambios de estilo y de apertura hacia nuevos horizontes, buscando ampliar los márgenes para rescatar los esfuerzos y experiencias de autores de diferentes latitudes y de personas que llevan años en estas aguas y de otros que recién comienzan a sumergirse en las profundidades del área.

En este marco, la expansión que ha tenido el tema de la resolución alternativa de conflictos en el último tiempo, nos permite mirar el presente con la responsabilidad que requiere un desafío de mayor alcance sociocultural y con las expectativas de continuar desarrollando profesionalmente una actividad que se reinventa, cada vez más, a través de sus propias experiencias y su encuentro con las personas que la requieren.

En el presente número, los invito a explorar la apertura hacia diversos temas, que son producto del trabajo incansable de autores que no solo se han dedicado a hacer de los métodos alternativos su quehacer diario, sino también su interés ha permitido poder compartir con nosotros sus aprendizajes, propuestas y conclusiones.

De esta forma, encontrarán en el primer artículo una reflexión sobre las sociedades tolerantes, una verdadera invitación a repensar las bases de nuestro sentido

vicario. Avanzarán en vuestra lectura, encontrando aportes desde y para los distintos métodos como la negociación, la mediación y el arbitraje.

Es importante destacar que la amplitud de temas traspasa nuestras fronteras, teniendo la posibilidad de realizar a través del presente número una suerte de integración latinoamericana. En este sentido se incluyen los trabajos relacionados con la justicia penal juvenil, contextualizada en Argentina; un trabajo denominado Mediación Intrajudicial en la Ley Orgánica para la Protección de Niños / Niñas y Adolescentes en Venezuela y un artículo que nos invita a considerar la confidencialidad como aspecto central del arbitraje, revisando las experiencias de distintas latitudes y centrándose en la experiencia de Ecuador.

La mediación familiar ha encabezado este posicionamiento de las RAC en nuestro país, y dentro del contexto actual, es imprescindible revisar cómo en el escenario actual confluyen temas que requieren de una mirada profunda y transdisciplinaria. Respondiendo a esta necesidad, los trabajos sobre la mediación en ruptura de parejas y derechos del niño y en el que se establecen criterios centrales para el abordaje desde la mediación para la relación directa y regular y síndrome de alienación parental, nos muestran alternativas teóricas y técnicas que apoyan nuestra labor profesional. Por otra parte, que la mediación familiar se esté transformando en una actividad cotidiana y reconocida por los distintos actores del medio social, exige niveles de rigurosidad ante los cuales debemos estar preparados. Debemos ofrecer más y mejor mediación. El artículo Tres Problemas Jurídicos Asociados al Control y Supervisión de los Mediadores Familiares, pone sobre la mesa la posibilidad de seguir discutiendo sobre los aspectos vinculados a enfatizar procesos de calidad, que garanticen el cumplimiento de normativas homogéneas y transversales por parte de los que trabajan, como de los que se forman en esta materia.

Por último, el trabajo de Ana María Silva, Más allá del Acuerdo, realizado desde los fundamentos de la negociación, resume lo que hemos querido presentar en este número. Los matices que se presentan en los procesos alternativos de resolución de conflictos van mucho más allá que el establecimiento o no de un acuerdo. Intentan transformar sociedades a partir de microtransformaciones relacionales entre dos o más partes. Definitivamente, el presente número es una invitación a reencantarse con estos temas, con los de siempre y con los más emergentes y espero sirva para mostrar a los que se están acercando a esta mirada, que más allá del acuerdo, tras estas páginas, hay un complejo mundo por explorar.

**Christian de la Harpe Palma**

*Director Revista Crea*

*Actualidad en Resolución Alternativa de Conflictos*

# Sociedades tolerantes: entre el choque y la alianza de civilizaciones

Tolerant Societies: between the shock and the alliance of civilizations

Franco Oscar Daniel Conforti\*

## Resumen

La civilización puede ser considerada una cultura más o menos cerrada, con una tradición hermética e impermeable, que se encuentra en oposición a otras civilizaciones con tradiciones diferentes (*"Teoría del enfrentamiento entre civilizaciones"*<sup>1</sup>), y, por otro lado ha surgido la idea política que considera viable la convivencia, coexistencia pacífica entre las diversas civilizaciones (*"Alianza de Civilizaciones"*<sup>2</sup>), idea esta, que de momento cuenta con muy poco marco de desarrollo teórico. La investigación pretende analizar las referidas teorías de forma crítica para luego desmitificar y/o despetrificar la idea de que los derechos humanos son verdades inmutables, incuestionablemente morales, evidentes y exigibles universalmente, pues creo y sostengo que sus contenidos cambian y evolucionan al ritmo de las circunstancias e intereses humanos; y si algún futuro tienen nuestras sociedades, estará en asumir este y otros cambios por venir.

## Abstract

Civilization can be considered as a culture more or less closed, with a hermetic and impermeable tradition, in opposition to other civilizations with different traditions (*"Theory of the confrontation between civilizations"*), and, on the other hand has arisen the political idea considering the coexistence viable, that is the pacific coexistence between the diverse civilizations (*"Alliance of Civilizations"*), idea this one, that at the moment it counts on very little theoretical development. The investigation is going to analyze the referred theories, with a critical eye, in order to demystify the

\* Franco Conforti: franco.conforti@gmail.com Licenciado en Derecho. Operador de Conflictos, consultor internacional, Negociador, Mediador Internacional. Arbitro de la Asociación Gallega de Arbitraje, Mediación y Equidad. Arbitro de la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires. Especialista en Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual Formador de formadores

<sup>1</sup> Huntington S.P., *"El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial"* trad. De J.P. To-saus Abadía Ed. Paidós, Barcelona, 1997.

<sup>2</sup> Rodríguez Zapatero J. L., Propuesta realizada por el Presidente del Gobierno español en la 59ª Asamblea General de la ONU, el 21 de septiembre de 2004.

idea that the human rights are immutable truths, unquestionably morals, evident and indispensable universally, because I believe their contents change and evolve to the rate of the circumstances and interest humans; and if some future have our societies, it will be in assuming this and other changes to come.

**Palabras clave:** Alianza de Civilizaciones, Choque de Civilizaciones, Civilización y Convivencia, Tolerancia Intercultural.

**Key words:** Alliance of Civilizations, Shock of Civilizations, Civilization and Coexistence, Intercultural Tolerance.

## INTRODUCCIÓN

Todos queremos vivir en paz.

Viejas, nuevas cuestiones se ventilan y seguirán ventilando en torno a cómo lograr el ideal de convivencia pacífica.

Pareciera que estamos permanentemente navegando a dos aguas, entre el pluralismo y el multiculturalismo, entre el choque y la alianza de civilizaciones.

Por un lado, tenemos la *"teoría del enfrentamiento entre civilizaciones"*<sup>3</sup> en la cual una civilización es considerada una cultura más o menos cerrada, con una tradición hermética e impermeable, que se encuentra en oposición a otras civilizaciones con tradiciones diferentes, la principal crítica que puedo hacer al respecto es que en la teoría se explica **cómo y cuándo**, mas sin embargo no me ha sido posible escindir de ella una forma de evitar tan apocalíptico futuro, vale decir, que el autor no explica **qué** hacer para evitar el choque de civilizaciones que augura; y por otro ha surgido la idea política de la *"Alianza de Civilizaciones"*<sup>4</sup>, idea esta, que de momento cuenta con muy poco marco de desarrollo teórico, ha recibido las mayores críticas y objeciones por el sentido abstracto que hace en el uso del termino civilización, si bien la idea trae consigo algunos **qué y cuándo** llevar adelante una posible alianza, no especifica el **cómo**, o en su defecto lo hace de forma tan tibia que pasa inadvertida para propios y extraños.

Dice John Gray<sup>5</sup> que en el liberalismo coexisten dos filosofías: en la primera la tolerancia se justifica como un medio para alcanzar la verdad, es un instrumento de consenso racional que "soporta" la diversidad en la convicción que esta está destinada a desaparecer, hay en esta filosofía un ideal de convergencia de valores; mientras que en la segunda filosofía, la tolerancia se valora como una condición de paz y los diversos modos de vida se aprecian como marcas de la diversidad de la buena vida, hay aquí un ideal de *"modus vivendi"*.

---

<sup>3</sup> Huntington S.P., *"El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial"*, trad. De J.P. To-saus Abadía Ed. Paidós, Barcelona, 1997.

<sup>4</sup> Rodríguez Zapatero J. L., Propuesta realizada por el Presidente del Gobierno español en la 59ª Asamblea General de la ONU, el 21 de septiembre de 2004.

<sup>5</sup> Gray J., *"Las dos caras del liberalismo: una nueva interpretación de la tolerancia liberal"*, Ed. Paidós.

Pretendo con este trabajo analizar lo que expone cada teoría o iniciativa en cuanto a la concepción –implícita o explícita– que hagan de los derechos humanos.

Finalmente quisiera desmitificar y/o despetrificar la idea de que los derechos humanos son verdades inmutables, incuestionablemente morales, evidentes y exigibles universalmente, pues creo y sostengo que sus contenidos cambian y evolucionan al ritmo de las circunstancias e intereses humanos; y si algún futuro tienen nuestras sociedades, estará en asumir este y otros cambios por venir.

## EL CHOQUE DE LAS CIVILIZACIONES

Fue Arnold J. Toynbee quien acuñó la frase “*choque de civilizaciones*” refiriéndose al ámbito geopolítico procurando simplificar al extremo los fenómenos de tipo conflictivo entre civilizaciones, sin embargo el máximo exponente ha sido Samuel P. Huntington, quien en 1993 publicó un artículo en la revista *Foreign Affairs* y cuya repercusión mereció años más tarde, más precisamente en 1996, la edición de un libro.

El artículo pretendía dar respuesta al profesor Francis Fukuyama, quien en su libro “*El fin de la historia y el último hombre*” planteaba la configuración de la política mundial tras la caída del muro de Berlín.

En primer lugar tengo que destacar que en la obra de Huntington, el concepto de “Occidente” gira siempre en derredor de Estados Unidos de Norteamérica y por momentos incluye a Europa como socio más estratégico que cultural.

Conforme refiere el autor, hay un cambio en cuanto a la principal fuente de conflictos, que de ahora en más según su criterio y parecer, tendrán su origen en las raíces culturales y no ya en las ideológicas o económicas. Así las civilizaciones no occidentales, se enfrentarán cada vez con más frecuencia y fuerza a la civilización occidental, su objetivo, su finalidad: manifestar su rechazo a los ideales occidentales (la libertad, democracia, individualismo, igualdad ante la ley, propiedad privada, constitucionalismo), pone como ejemplo que para muchos chinos y para muchos musulmanes la democracia y la misma Declaración Universal de Derechos Humanos son creaciones occidentales, no universales.

Cree que acontecerá un recrudescimiento o vuelta a las culturas autóctonas que dificultarán hablar tanto de principios éticos como de valores universales, y así los países no alineados se identificarán y enrolarán en el Islam, provocando el resurgir de este, anticipa la recuperación del confucianismo por la civilización china, una vuelta a las tradiciones propias y ancestrales de los japoneses, un regreso al origen de las civilizaciones budista, hindú y ortodoxa, y un futuro aún impreciso para las civilizaciones africanas y latinoamericanas.

Afirma que las civilizaciones emergentes se consideran superiores a las de Occidente, con valores morales más auténticos. Prevé en el 2025 más del 25% población mundial será musulmana y que el crecimiento económico en el 2025 nos dejará un Continente Asiático muy fuerte en términos económicos, con posiblemente siete de las doce economías más fuertes del planeta, y que las civilizaciones no occidentales serán las que creen inestabilidad militar.

No evita decir que el choque de civilizaciones lo es entre: el “*credo estadounidense*” como máximo exponente de la civilización occidental y el multiculturalismo.

Si bien no hace mención expresa, Huntington sostiene que intentar una integración de civilizaciones por vía de la asimilación forzada, llevaría a una guerra de escala planetaria por establecer el predominio de una de ellas.

Sin perjuicio de sostener que sería inmoral pretender que los pueblos no occidentales adopten valores, instituciones y cultura occidental debido a lo que sería necesario para llegar a ello, Huntington entiende a los derechos humanos como principios universales se fundamentan o responden al modelo político y económico de los estadounidenses, y que este es el modelo a seguir, y, aunque no lo diga expresamente se infiere que será por vía de una asimilación cultural, política y económica.

En sí, la idea de un choque de civilizaciones me parece que, afortunadamente, peca por exceso.

Si tomásemos como punto de partida el 11 de septiembre de 2001, podríamos decir que, si en algún momento de nuestra historia reciente estuvimos cerca de un choque de civilizaciones fue o está siendo en estos años.

Al hablar de choque de civilizaciones, necesariamente hablamos de ganadores y perdedores, o de vencedores y vencidos, de civilizaciones jurídicamente más desarrolladas o evolucionadas que otras en relación o en razón del reconocimiento de los derechos humanos –cuyo carácter universal hoy sigue siendo discutido–. Que el choque de civilizaciones solo pueda evitarse en la medida en que tanto el mundo islámico como el no islámico, es decir, el resto de civilizaciones “*colaboren*” con los Estados Unidos en la lucha contra el terrorismo fundamentalista, insisto peca por exceso, aunque no menos cierto es que quienes abonan la idea de un choque de civilizaciones se enrolan en una postura de supremacía o superioridad de la civilización occidental<sup>6</sup>.

Desde mi punto de vista Huntington parte del error de considerar a las sociedades como modelos estancos e incompatibles, y que lejos de evolucionar, involucionarían en su devenir.

Huntington fundamenta ampliamente el modo de vida americano al hablar de “*credo americano*”, deja muy claro que ese es su modelo y que a su criterio es el modelo que se debe seguir a escala mundial, para él, la fórmula para evitar el choque de civilización reside en que los organismos internacionales como por ejemplo la ONU apliquen ese modelo a escala global y en consecuencia prescriban un único régimen universal como legítimo.

## La alianza de civilizaciones

A finales del año 1998 la ONU proclama al 2001 como el año del Diálogo entre Civilizaciones por resolución A/RES/53/22<sup>7</sup>, paradójicamente –o no– fue en el 2001 el atentado terrorista a las Torres Gemelas.

<sup>6</sup> Berlusconi S., Primer Ministro del Gobierno Italiano, entrevista a medios gráficos en Alemania 2001.

<sup>7</sup> Documentos ONU disponibles en Internet en: <http://www.un.org/spanish/dialogue/dialogue.htm>

A partir de allí, la proliferación de documentos, resoluciones, actas y propuestas en torno a la alianza de civilizaciones afortunadamente se ha disparado.

El presidente del gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, proclamó en el debate General del 59º periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, la necesidad de *Una Alianza de Civilizaciones entre el mundo occidental y el mundo árabe y musulmán*. Iniciativa que pretende despertar la conciencia mundial sobre los riesgos de que se eleve un muro de incompreensión entre Occidente y el mundo árabe e islámico y que el anunciado y temido “*choque de civilizaciones*” pueda hacerse realidad.

La iniciativa busca que los gobernantes y los responsables pongan en marcha medidas apropiadas a escala mundial, especialmente en los terrenos político y cultural.

El Presidente español ha reconocido que en Occidente se manifiestan hoy crecientes sentimientos de rechazo de los valores árabes e islámicos, percibidos por muchos como intransigentes y como una amenaza para su modo de vida.

Paralelamente, en el mundo árabe e islámico se reafirman con vigor los símbolos propios de identidad, a la vez que se difunde una imagen distorsionada de un Occidente agresor (por la frecuente disposición a hacer uso de la superioridad militar), discriminador (en la aplicación de la legalidad internacional), e insensible ante sus justas reivindicaciones políticas (por ejemplo, en el caso de Palestina).

La propuesta concreta consiste en crear un “*Grupo de Alto Nivel*” cuyo objetivo será el de organizar sus trabajos en dos ámbitos fundamentales, como ya se ha dicho, el político y el social:

### **Mesa política y de seguridad:**

- A) La consolidación de un orden internacional más justo, la promoción de la democracia, la cohesión nacional y los derechos humanos, en el marco de iniciativas ya existentes, como el proceso euromediterráneo de Barcelona o el “Medio Oriente Ampliado” (*Broader Middle East*) entre otras.
- B) La seguridad mundial y la concertación y cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo. Las operaciones de mantenimiento de la paz en estrecha colaboración con las organizaciones regionales competentes. Aunque no puede haber ninguna justificación para el terror, los problemas de seguridad deberán abordarse combinando la acción y la cooperación de todas las agencias implicadas con actuaciones racionales que aborden también los factores que alimentan los radicalismos y la violencia.
- C) El multilateralismo eficaz. La aplicación no discriminatoria de las resoluciones de las Naciones Unidas. La utilización de los instrumentos multilaterales de forma no selectiva, con la participación equitativa de todos los actores, para la solución de los problemas comunes. Erradicación del uso ilegítimo de la fuerza como medio de resolver los conflictos.

## Mesa cultural

- A) La cultura como identidad y como modelo: la promoción del diálogo de culturas, la profundización de los valores compartidos y el estudio y tratamiento de las amenazas comunes, el tratamiento adecuado de los flujos migratorios, la profundización de los modelos de integración cultural, la prevención de los fenómenos discriminatorios y de violencia racial o étnica.
- B) Las percepciones en los medios de comunicación. Modos y vías de promover un mejor conocimiento exento de prejuicios.
- C) La educación como forma de promover el diálogo entre las civilizaciones y prevenir la intolerancia y el conflicto. El intercambio de experiencias universitarias. La educación escolar y los programas y libros de texto<sup>8</sup>

Para quienes se enrolan en esta idea, las civilizaciones deben proteger algunos derechos humanos para resultar razonablemente legítimos, ahora bien, los derechos humanos que las civilizaciones protegen no necesariamente han de ser los mismos.

La propuesta de una alianza de civilizaciones, entiendo, es una romántica e idealista idea que peca por defecto. Deja la impresión de apartarse del modelo de asimilación cultural o asimilacionista (aquel por el cual una civilización o grupo minoritario es absorbido –cultural, religiosa, política, económicamente, etc.– por otro de forma forzada o voluntaria llegando el grupo minoritario a perder su identidad cultural y en ciertos casos crear nuevas culturas –como podrían ser consideradas las civilizaciones americanas–), y pareciera encaminarse hacia un régimen consociacional, entendiéndolo por tal a aquel en el que las comunidades, no los individuos, son las portadoras de muchos de los derechos importantes, en un marco común compartido con el resto de las comunidades cada comunidad mantiene sus propios valores, leyes e instituciones.

La idea como digo es más completa por cierto que la anterior, sin embargo por un lado no deja claro, no se aparta lo suficiente del hecho fáctico de establecer determinados valores como universales, mientras que por otro, el “grupo de alto nivel” creado no pareciera fuera a cumplir el rol de generar espacios de debate, negociación y mediación en cuanto a conflictos entre valores culturales, me parece que no es lo suficientemente específico o en su defecto lo hace de forma tan tibia que pasa inadvertido para propios y extraños.

Muchas y muy variadas han sido las críticas a esta idea política, “buenismo político”, “marketing”, etc.; una de las principales críticas que recibe esta idea política es que la alianza del concierto de naciones se ha intentado y se viene intentando desde la constitución misma de la ONU, y a juzgar por los resultados obtenidos, no podríamos decir que de forma plenamente satisfactoria.

Algunos expertos en el tema sostienen que “mientras la Alianza no sea asumida por EE.UU. y no se produzca una apuesta firme en materia presupuestaria, no se

---

<sup>8</sup> Alianza de Civilizaciones, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Dirección General de Comunicación Exterior. Año 2005.

conseguirán grandes objetivos”<sup>9</sup>. Algunos expertos más que otros alzan la voz para decir que la propuesta de una Alianza debería establecer una agenda y un calendario programático de objetivos a conquistar o cumplir, dentro de los cuales se menciona la creación de un Estado palestino, de modo tal que sirva de aliento a quienes la integran y entusiasme a quienes miran desde lejos motivándoles a pasar a la acción y a sumarse a la idea.

## HACIA UNA CONCLUSIÓN

Buscando crear consenso, puedo decir que todos queremos vivir en paz y desarrollar nuestras vidas del mejor modo posible. Lo que se supone haremos conforme al resultado de la sumatoria, de, entre otras cosas: nuestras necesidades básicas, nuestros intereses, creencias, expectativas, etc.

No cabe duda en que no es posible sostener que existan únicas y excluyentes necesidades básicas universalmente entendidas o aceptadas, vale decir que la pluralidad de valores es una realidad, pero tanto tampoco es viable sostener que hay una única y excluyente forma de conseguir ese mejor modo de vida posible.

La pluralidad de valores sostiene la imposibilidad de ordenar los valores, los conflictos de valores derrumban las teorías que intentan abordar los conflictos de valor desde la óptica del bien o el mal.

Podemos sopesar y discutir ideas y valores que son inconmensurables (por ejemplo la amistad y los bienes materiales), el pluralismo de valores no tiene por qué darse de bruces con los conflictos que se generan entre estos valores inconmensurables que conforman ese pluralismo; estos conflictos pueden resolverse mediante la expresión de una preferencia, siendo que a su vez nuestras preferencias no necesariamente son deseos vacíos de contenido, sino que por el contrario encarnan nuestras creencias y expectativas de vivir de un modo u otro.

Así, cuando nuestras creencias son desmentidas por la experiencia y el no cumplimiento de las expectativas que habían generado, tenemos razones para alterar nuestros valores inconmensurables y por ende modificar nuestro concepto de mejor modo de vida.

Suscribo la idea de sociedades pluralistas, es decir, aquellas basadas en la tolerancia, la horizontalidad y la interculturalidad, en oposición a las sociedades multiculturalistas, entendidas como tales aquellas sociedades que defienden una conformación social en la que las culturas minoritarias coexisten sin interrelacionarse.

Por otro lado, hay que decir que el ideal de tolerancia heredado tiene dos filosofías, que al decir de John Gray resultan incompatibles, son sus dos caras:

de un lado, la tolerancia es la persecución de una forma de vida ideal, según este punto de vista, las instituciones liberales se conciben como aplicaciones

---

<sup>9</sup> Catalá Rubio S. “La Alianza de civilizaciones en clave jurídica”, *Encuentros Multidisciplinares. Revista de Investigación, divulgación y debate multidisciplinar* n° 30 Volumen X Sep-Dic. 2008. ISSN 1139-9325.

de principios universales que para lograr su objetivo prescribe un régimen universal. Está presente aquí la idea de un consenso o desacuerdo racional sobre que constituye el mejor modo de vida posible; y, del otro lado, la tolerancia es la búsqueda de un compromiso de paz entre diferentes modos de vida, aquí las instituciones son concebidas como un medio para lograr la coexistencia pacífica, para lo cual prescriben un proyecto de coexistencia que puede emprenderse en muchos regímenes diferentes coexistencia.

La experiencia internacional de los distintos organismos como la ONU, OTAN, etc., demuestra que ante un choque de libertades (es decir cuando las demandas planteadas por los derechos dominan o neutralizan a otras) no se puede responder con la tolerancia como instrumento intentando conjurar conflictos mediante el "ajuste", la "regulación" o por vía del "rango central de aplicación"; hoy en día las organizaciones internacionales utilizan la tolerancia como instrumento para imponer un modo de determinado ante la variedad de formas de resolverlo, lo que se hace al día de hoy es buscar razones de interés público para decidir sobre la cuestión planteada. El interés público al ser un fundamento, evita el inconveniente que tienen las reivindicaciones en derecho (que son conclusiones, productos finales de largas y más aún complejos razonamientos). Cuando nuestras concepciones sobre los derechos humanos divergen, también divergen nuestras concepciones sobre los derechos, de allí el poco o nulo éxito que tienen estas empresas a la hora de resolver los conflictos.

Las sociedades pluralistas son una realidad en la Unión Europea, el desarrollo de instituciones transnacionales como el Consejo de Europa, ha traído como consecuencia que las identidades nacionales y regionales hayan dejado de ser mutuamente excluyentes, así, *"un escocés puede ser gaélico, al mismo tiempo británico y europeo; es concebible que una persona catalana pueda pensar en sí misma no solo en términos de europeo, sino también como española"*<sup>10</sup>; incluso y yendo un poco más allá cabe referir que los movimientos migratorios han puesto al descubierto que muchos argentinos, son españoles o italianos y por ende europeos nacidos y criados en Latinoamérica, en todo caso no hay duda de que hoy en día en ciertos lugares de Europa estas identidades plurales son moneda corriente.

Los organismos de la Unión Europea son la máxima expresión de estas organizaciones o instituciones concebidas como un medio para lograr conforme su carta magna un futuro común. Sus integrantes tienen todos un atributo en común, un punto de anclaje, cual es el compromiso de paz entre sus diferentes modos de vida.

Crear sociedades pluralistas implica reconocer que todos o casi todos los modos de vida tienen intereses que hacen que valga la pena intentar llegar a una coexistencia pacífica.

La coexistencia pacífica es la piedra fundamental desde donde cimentar el intento por llegar a una sociedad pluricultural, más allá de la tolerancia, pues así se satisface este interés común: los intereses humanos.

---

<sup>10</sup> Gray J., ob. cit. pág. 144.

La herramienta a utilizar para sopesar, discutir y conciliar estos intereses ha de ser el diálogo, que, vale dejar sentado debe necesariamente abarcar tres aspectos inseparables, cuales son: el religioso, el jurídico y el político.

Pero el diálogo al que me refiero no es el que se ha venido desarrollando hasta hoy día, sino un concepto de diálogo distinto, parafraseando al profesor David Bohm diríamos un diálogo metafísico<sup>11</sup>, que requiere de forma previa un serio ejercicio de autocrítica, un examen de conciencia en cuanto a nuestro nivel de tolerancia, solidaridad y compromiso, y el desarrollo de capacidades como la escucha, la empatía, etc.

Si lográsemos este estadio, podríamos afrontar un segundo desafío, cual es, una revisión de los derechos humanos universales.

Los derechos humanos no son, no deben ser en una sociedad pluralista, inmutables, por el contrario cambian con las circunstancias e intereses humanos. Concebidos así como elementos cambiantes, el propósito de los derechos humanos deja de ser el de proyectar un único régimen político-económico para todo el mundo, para pasar a asegurar la coexistencia de sociedades pluralistas con independencia de sus regímenes que siempre serán diferente pero no necesariamente incompatibles.

Las sociedades plurales no necesitan el consenso sobre valores, lo que necesitan son instituciones comunes que sirvan como medio en donde puedan debatirse y negociarse (en el sentido más amplio de su expresión) los conflictos de intereses y valores.

Una vida en común significa tener instituciones comunes que ejerzan de mediadoras en los conflictos de valores y no una sociedad unificada por valores comunes.

La Mediación Apiciativa, como nuevo paradigma, puede ser el aporte que los operadores de conflictos –nueva denominación que se instala ya de forma definitiva y que viene a englobar a negociadores, mediadores, árbitros, facilitadores y en general a todo aquel que trabaja en el campo de la resolución alternativa de conflictos–, llevemos a cabo para colaborar en el diseño y creación de ese futuro deseado por todos.

## BIBLIOGRAFÍA

Alianza de Civilizaciones, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Dirección General de Comunicación Exterior. Año 2005.

Catalá Rubio S., "La Alianza de civilizaciones en clave jurídica" *Encuentros Multidisciplinares. Revista de Investigación, divulgación y debate multidisciplinar* n° 30 Volumen X Sep-Dic. 2008. ISSN 1139-9325.

---

<sup>11</sup> Conforti F., "Liderazgo positivo: construir el futuro con imaginación e idealismo". Ed. Acuerdo Justo, Buenos Aires

Conforti F., *"Liderazgo positivo: construir el futuro con imaginación e idealismo"*  
Buenos Aires 2008. Ed. Acuerdo Justo ISBN 978-987-24299-0-4.

Documentos ONU disponibles en Internet en: <http://www.un.org/spanish/dialogue/dialogue.htm>.

Gray J., *"Las dos caras del liberalismo: una nueva interpretación de la tolerancia liberal"* trad. de Mónica Salomon Ed. Paidós. Barcelona 2001. ISBN 84-493-1072-5.

Huntington S.P., *"El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial"*  
trad. de J.P. Tosaus Abadía Ed. Paidós, Barcelona, 1997. ISBN 84-493-0366-4.≠

# “Más allá de Sí, de Acuerdo”

Beyond getting to yes

Ana María Silva Jiménez\*

## Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo mostrar la evolución de la teoría de la Negociación, más allá del estándar de la industria en que se ha convertido el libro “Sí, de Acuerdo”, hace ya 25 años. Reconociendo el carácter seminal de este texto, que fue una revolución dentro del campo, fue el inicio de una larga serie de libros y artículos en Negociación. La accesibilidad de estos textos es mucho más limitada que el inicial “Sí, de Acuerdo”, estando la mayoría de los textos solo en inglés. Es por esto que este trabajo pretende dar a los mediadores una apretada síntesis de aquellos textos que han dejado huella y son usados como textos de estudio en las diferentes escuelas de Derecho de EE.UU.

## Abstract

This article chronicles the development of negotiation theory beyond “Getting to Yes”, the Standard of the industry of Negotiation for the last 25 years. Recognizing that Getting to Yes was a breakthrough, it was only the beginning of a long series of books and articles on Negotiation. Since the availability of these books is very limited in Spanish, this article pretends to give mediators and other practitioners of negotiation, a glimpse of some of the main Textbooks in the USA., especially emphasizing when their theories are useful for family and other mediators.

**Palabras clave:** Negociación, mediación, técnicas de negociación, barreras para la negociación

**Key words:** Negotiation, negotiation Techniques, barriers to Conflict resolution.

---

\* Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco. Abogada de la Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho (LLM) de la Universidad de Georgetown, con concentración en Resolución Alternativa de Conflictos (2004). Correo: asilva@uct.cl.

## I. MÁS ALLÁ DE “SÍ, DE ACUERDO”

Hace más de veinticinco años (1981), dos profesores de la Universidad de Harvard, Roger Fisher y William Ury, dieron vida a uno de los éxitos editoriales más exitosos y comentados en el área de Negociación y Resolución Alternativa de conflictos. El libro en cuestión es “Sí, de Acuerdo”<sup>1</sup>, y proponía un novedoso sistema para negociar, basado en siete conceptos clave, que podrían ser utilizados por cualquier persona. Si bien es cierto que el libro fue la obra conjunta de un abogado y un profesor de la Escuela de Negocios, ellos crearon un sistema fácil de implementar lo que hasta entonces se veía como un campo privativo de expertos abogados y economistas.

Impulsado en parte por el prestigio de ser las Escuelas de Derecho y Negocios de Harvard que estaban tras este libro, y por su formato de bolsillo y su afán de divulgación, el texto— traducido a innumerables idiomas— se convirtió pronto en el estándar por el cual todos los otros libros y cursos de negociación fueron—abierta o encubiertamente— moldeados. Incluso se dio en llamarlo: “Sistema de Negociación Método Harvard”, lo que es impreciso pues hay muchos otros profesores, incluso dentro de la misma Universidad, estudiando el mismo campo desde diferentes perspectivas.

Esto es tan cierto que, ya antes y de “Si, de Acuerdo”, muchos otros autores habían hecho importantes avances en el estudio de la negociación o ADR, como se llamó a la “Resolución Alternativa de Conflictos” en inglés. Coetáneo con “Sí, de Acuerdo” hubo una serie de libros de Negociación que vieron la luz dentro del mismo Programa de Negociación de Harvard<sup>2</sup>. De la larga lista de libros y artículos, podemos destacar especialmente, un libro de otros tres profesores de Harvard, titulado “Más allá de ganar: Negociando para crear Valor en Tratos y Disputas”<sup>3</sup>, y “El Arte y la Ciencia de la Negociación”<sup>4</sup> de Howard Raiffa también profesor de Harvard en sus escuela de Negocios y el Grupo de Trabajo en Negociación de la Escuela de Derecho de Harvard y la Escuela de Negocios de la Universidad de California en Berkeley y “Barreras para la Resolución de Conflictos”<sup>5</sup> de varios autores. En un plano más netamente académico, se destacó una profesora de la Universidad de Georgetown (Washington DC), Carrie Menkel-Meadow quien publicó su artículo: “Hacia otra visión de la resolución alternativa de conflictos: la Estructura de la Resolución de

---

<sup>1</sup> Fisher, Roger, Ury, William y, Bruce: “Getting to Yes, Negotiating agreement without giving in”, Penguin books, New York, EE.UU., 2ª edición, 1991. “Getting to Yes” se traduce literalmente con “Llegando al sí” o “Logrando el Sí”. Hasta 1999, el libro había vendido más de tres millones de copias solo en los EE.UU.

<sup>2</sup> Conocido como PON, o “Program on Negotiation”, de la escuela de Derecho de la U. de Harvard, fue una asociación con la Escuela de Negocios.

<sup>3</sup> Mnookin, Robert, Peppet, Scott, Tulumello, Andrew; “Beyond Winning, Negotiating to Create Value en Délas and Disputes, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2000.

<sup>4</sup> Raiffa, Howard, “The Art and Science of Negotiation”, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1982.

<sup>5</sup> “Arrow, Kenneth, Barriers to Conflict Resolution”, PON books, Cambridge Massachussets, 1999.

problemas (1984)<sup>6</sup> el que dio pie a una larga serie de artículos sobre Técnicas y ética en las negociaciones, los que fueron publicados en las más prestigiosas Revistas de Derecho y Negociación de los EE.UU.

Como es conocido que la mediación es una negociación asistida, es importante estar al día en los desarrollos de esta disciplina y dominar las técnicas de y para estar en mejor pie para ejecutar la función de mediador. Es por eso que presentamos un panorama amplio del tema (aunque, por supuesto, sin pretender ser exhaustivo) pero que va más allá del lugar común de "Sí, de Acuerdo", recopilación que permita a los interesados en el tema tener una guía para seguir profundizando los conocimientos en negociación.

Los mismos autores de "Sí, de Acuerdo" fueron complementando su exitosa propuesta en los libros que siguieron "Superando el No"<sup>7</sup>, cuando se negocia con contrapartes especialmente difíciles, y "Acercándonos: Construyendo relaciones mientras negociamos"<sup>8</sup> basado en la premisa que en las negociaciones con actores con quienes tenemos una relación permanente son diferentes a las negociaciones de "una sola vez". En "Conversaciones Difíciles"<sup>9</sup>, se habla de la forma de enfrentar conversaciones o negociaciones con un elemento emocional, y con eso llegamos al último de esta serie (por ahora), el libro llamado "Más allá de la Razón"<sup>10</sup> publicado el año 2005. Con esta progresión de títulos, queremos demostrar que los autores de la llamada "Escuela de Harvard" han dado un giro muy significativo desde las premisas originales de "Sí, de Acuerdo", fundamentalmente de su consejo inicial "separar a las partes del Problema" hasta la actualidad donde reconocen la importancia de las emociones. Ya sea que se sigue únicamente la escuela de han dejado estos autores (Fisher y Ury), a pesar que, como hemos visto, en dicha Universidad había muchas otras líneas de investigación, que fructificaron en muchos otros libros en uso en las escuelas de Derecho de todo Estados Unidos. Más allá de ellos hay una serie interminable de textos que proponen ayudar a negociar mejor, por lo que ofrecemos aquí es una limitada pero representativa selección de algunos textos "Clásicos" de Negociación.

Antes de continuar esbozaremos los elementos de la Negociación de acuerdo a Fisher y Ury (que son el estándar de lo que se ha dado en llamar "estilo Harvard). Ellos centran su teoría en la negociación basada en Intereses y no posturas inflexibles, desarrollando un sistema que está conformado por siete elementos.

Como es sabido, el modelo de Negociación de "estilo Harvard" propone que no se debe negociar desde posiciones, sino de intereses. Además, establecieron como principio una proposición que fue ampliamente criticada y luego morigerada por los mismos autores, que había que "separar a las personas del Problema". Otras ideas

---

<sup>6</sup> "Toward Another View of Legal Negotiation, The Structure of Problem Solving, Menkel Meadow, Carrie, 31UCLA L. Review 754 (1984).

<sup>7</sup> Ury, William, "Getting Past No: Negotiating Your way from Confrontation to Cooperation", Bantam Books, New York, edición revisada, 1993.

<sup>8</sup> "Getting Together, Roger Fisher and Scott Brown, Penguin Books, 1988.

<sup>9</sup> Stone, Douglas, Patton, Bruce, Heen, Sheila, "Difficult conversations" Penguin books, New York, 1999.

<sup>10</sup> Fisher, Roger and Shapiro, Daniel., "Beyond Reason. Using Emotions as you Negotiate", Penguin Books, New York, 2006.

propuestas fueron: "inventar opciones para que ambos ganen" (win-win), usar criterios objetivos para llegar a un resultado justo (por ejemplo, recurrir al precio de mercado, o de otras transacciones). El consejo sobre "separar las personas del problema" (que es uno de los principios clave del sistema) tiene un apartado en que dice que hay que ser "duros con el problema y suaves con las personas", puesto que si se ven amenazados, puede ser desastroso para la negociación. O sea, que toda negociación tiene dos niveles: cada negociador debe preocuparse del fondo de la cuestión y de la relación interpersonal, para evitar ofender o enojar a la otra parte, de modo que deje de negociar. Eso es, muy a *grosso modo*, lo que propone el libro "Sí, de Acuerdo". Sin embargo, a futuro el paradigma evoluciona, sobre todo en lo que se refiere a la relación entre los involucrados y el uso y respeto de las emociones. Haremos ahora un pequeño recuento de la evolución del "Estilo Harvard", a través de los variados libros que siguieron a "Sí, de Acuerdo".

**"Acercándonos: Construyendo Relaciones Mientras Negociamos"**, una colaboración de Roger Fisher con otro profesor de Harvard<sup>11</sup>, basa su teoría en que todas las personas tienen relaciones que son importantes para ellas, especialmente porque por su cercanía volvemos a negociar con ellos una y otra vez y que eso puede afectar el resultado de la negociación. Esto es una evolución de la teoría de "Sí, de Acuerdo", de "separar el problema de las personas"<sup>12</sup>. Este texto reconoce el hecho de que hay personas con las que nos llevamos bien y otras que no, y que toda relación necesita de dos partes. Sin embargo, el libro se basa en la premisa que una sola persona puede lograr un mejoramiento sustancial de la relación. Lo que se debe buscar, en vez de una "buena" relación (que es indefinible), sino una relación que nos permita trabajar juntos **a pesar** de las diferencias<sup>13</sup>. Aunque se introduce nuevamente el concepto de "Separar a las personas de el problema" plantea que hay que separarlos para trabajar la relación independiente del aspecto sustantivo, pero sin mezclarlos. El tercer postulado básico es que hay que ser "incondicionalmente constructivo", lo que no significa que haya que acceder a cada petición de los demás, sino que en una relación con el otro uno debe hacer solo cosas que sean buenas para mí y para la relación, sin importar lo que el otro haga aunque no sea constructivo<sup>14</sup>. La relación de trabajo es buena cuando produce una solución que satisfaga los intereses tan bien como sea posible, con la menor pérdida posible, en una forma que parece legítima para todas las partes. La solución debe ser además durable. Desde el punto de vista de nuestra parte, debemos escuchar las emociones pero guiadas e informadas por la razón, demostrar comprensión de la otra parte viendo como ellos ven las cosas, establecer una buena comunicación, lo que incluye escuchar activamente, el ser confiable (aunque no confiado) y persuasivo más que coercitivo, así como ayuda a la relación la aceptación mutua, especialmente de los que tienen posiciones diferentes. Sobre todo, aconseja no poner la relación en juego cuando hay cualquier problema en la negociación.

---

<sup>11</sup> Fisher, Roger, Brown, Scott (PON) "Getting Together, Building Relationships as we Negotiate" Penguin Books,, New York, 1988.

<sup>12</sup> Getting to Yes,, pág. 17.

<sup>13</sup> Getting together, p.7.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 17

**“Más allá del No”**, del coautor de **“Sí, de Acuerdo”** William Ury, vio la luz una década después de **“Sí, de Acuerdo”**. Este texto recoge el problema que surge a muchos negociadores cuando su contraparte es especialmente dura en mantener su posición de **“NO”**. Ury desarrolla un sistema de cinco elementos o puntos que llama a la estrategia de **“Romper las barreras para la negociación”**<sup>15</sup>. Esta estrategia propone que, ante una proposición inaceptable de la otra parte, aun contra la tendencia natural, no se debe tener una reacción inmediata, sino usar la técnica de **“Subirse al Balcón”**<sup>16</sup>, que significa no reaccionar inmediatamente, sino como se dice coloquialmente **“tomar palco”** sin intentar controlar el comportamiento del otro, dejar en suspenso la propia reacción, no decidir ni sí ni no, sino mirar desde lejos la situación, con lo que se mantiene enfocado en cuáles son los propios objetivos. En segundo término **“No discutir, sino pasarse a su lado”**, incluye una escucha activa, y una serie de tácticas desde tomar en cuenta la persona que está al frente de nosotros, reconocer y ser capaz de comprender lo dicho por ellos *SIN* conceder ningún punto y por sobre todo, crear un ambiente favorable para la negociación. El tercer elemento: Cuando el otro presenta tácticas de negociación duras, no rechazar las propuestas del otro, sino **“Enmarcarlas”**<sup>17</sup> desde un punto de vista diferente, preguntar **“¿por qué?”** o ¿por qué no? Esto nos permitirá **“cambiar el juego”**. Y cuando finalmente estamos en la etapa de negociación, aconseja no aprovecharse del otro, sino cuando vamos **“ganado”** en una negociación no avergonzar a la otra parte, sino **“Tenderle un puente de oro”**. Esto es, cuando una de las partes está en condiciones de hacer al otro quedar mal, es importante no seguir ese impulso, sino darles la oportunidad de participar de la solución del problema, dándole un lugar donde él pueda sentir que ha sido respetado. En quinto lugar, no escalar el conflicto, sino usar el poder para educar a la otra parte, es decir, usar técnicas de hacer chequeos de realidad y sin entrar en amenazas, las que siempre vuelven la situación peor. Finalmente, como corolario de todo lo anterior, Ury nos invita a transformar a los adversarios en colegas, diciendo que se requiere de dos personas para hacer una situación difícil, pero aun uno solo tiene el poder de desenredar una situación y comenzar a ver una solución. Y su estrategia se traduce en **“transformar a los enemigos en compañeros de Negociación”**.

En **“Conversaciones Difíciles”** (1999) cuyos autores son otros tres profesores de Harvard<sup>18</sup>, sigue en la senda de **“Sí, de Acuerdo”**, agradeciendo la inspiración de Roger Fisher, y reconociendo el mismo que este libro se hace cargo de un problema que trasciende lo meramente académico, sino que tendría uso en cualquier relación, ya sea una negociación, un matrimonio o la crianza de nuestros hijos.

Para este libro, una **“Conversación Difícil”** es cualquier cosa que uno encuentre difícil de poner en palabras. Supera la dicotomía de evitar o confrontar un tema difícil, y proponiendo que, en realidad, las conversaciones difíciles son una parte

---

<sup>15</sup> Breakthrough Strategy. **“Getting past NO”**, *op. cit.*, page 3.

<sup>16</sup> Término acuñado por el Profesor de Harvard Ronald Heifetz, y que fue usado por Ury bajo su aprobación. *Ibid.*, pág. 31

<sup>17</sup> En el original **“reframing”**

<sup>18</sup> **“Difficult conversations”** Douglas Stone, Bruce Patton y Sheila Heen (del Harvard Project on Negotiation), 1999, Penguin Books.

normal de la vida y que podemos hacer cosas para mejorar nuestras respuestas ante ellas, pero no por eso podemos pensar que se van a eliminar las conversaciones difíciles.

Este libro nos dice que en cada conversación difícil hay en realidad tres conversaciones: 1° ¿Qué pasó? – la mayoría de las conversaciones difíciles tienen de fondo una conversación sobre los hechos. En segundo lugar, existe una conversación sobre los sentimientos: ¿Son mis sentimientos válidos? ¿Qué pasa con los sentimientos de la otra persona? ¿Qué pasará si ellas están enojadas o se sienten heridas? Esto no siempre se expresa directamente, pero igual sus efectos se sentirán. En tercer lugar, la conversación sobre nuestra identidad. Cómo la enfrentemos significa que nos sentimos más o menos competentes, buenas o malas personas.

En la conversación sobre los hechos, generalmente se asume que uno tiene la razón y el otro no. Pero "*lo que pasó*" no es tanto sobre los hechos como sobre las *percepciones* que tenemos sobre ellos, y por eso los autores dicen que en rigor nunca tendremos la razón. También se cuestiona si la conversación sobre intenciones, es decir: ¿lo que la otra parte asevera es solo para herir mis sentimientos? La respuesta a esta pregunta afectará como yo pienso de ti, y eso afecta nuestra conversación. Porque se parte de la premisa que asumimos que conocemos las intenciones de los otros, pero esto no es así. El tercer elemento que considerar es "*el juego la culpa*"<sup>19</sup>, es decir que nosotros atribuimos toda la culpa a los demás y no consideramos que también nosotros hemos contribuido a ella. Esto, que es tan difícil como establecer la "*verdad*" de un hecho, nos priva de enfrentar las conversaciones de una perspectiva más fructífera.

Con respecto a la conversación de los sentimientos, ¿qué debemos hacer con nuestros sentimientos? Hay que enfrentarla, porque siempre vamos a tener sentimientos fuertes, y hay que saber cómo enfrentarlos. Y en tercer lugar, la conversación sobre la identidad es la que nos pone un mayor desafío. Pero mientras aceptemos estas tres conversaciones, sí aceptamos que ellos son parte de una conversación constructiva, y que queremos aprender de la otra persona, así como ellos de nosotros.

Hay muchas razones por las que podemos tener diferencias con la otra parte, partiendo por diferente información sobre la realidad, y aun sobre esa realidad tenemos diferentes interpretaciones. La única forma de entender la interpretación del otro es tener actitud de curiosidad sobre por qué ellos tienen esa forma de pensar, antes de juzgarlos por ella. Pero como todas las historias son diferentes, en vez de rechazar la de la otra parte, Stone y otros proponen el "*Posición de y que más*"<sup>20</sup>, quiere decir que antes de aceptar o rechazar la historia del otro debemos entenderla y acogerla, incluso cuando "*realmente*" tenemos la razón. Stone nos advierte sobre dos problemas muy comunes: por un lado, no centrarse en las (supuestas) intenciones de la otra persona, y por el otro lado que las buenas intenciones de la otra parte no significan que no nos vaya a doler el contenido de lo que ella quiera decir. Por lo tanto, hay que prestar atención a ambos. Y se debe cambiar el sistema de "*atribuir la culpa*" por

---

<sup>19</sup> Difficult Conversations, The Blame Frame, pág.11.

<sup>20</sup> Ibid, pág.

entero al otro, por un sistema de “contribuciones” al problema, donde un aspecto importante es reconocer cuál es *nuestra* contribución al problema.

“Más allá de la Razón”<sup>21</sup> se basa en la premisa que las emociones son poderosas, siempre están presentes y son difíciles de manejar. El libro promete una estrategia para generar emociones positivas y a la vez lidiar con las emociones negativas; y además dice que será efectiva aun en las negociaciones más duras. Aquí se parte de la premisa que las emociones están siempre presentes, y que pueden ser una dificultad o una ventaja al momento de negociar.

El libro propone que hay 5 “Preocupaciones Básicas”<sup>22</sup> al momento de negociar. Estas son: 1. Sentirse apreciado en sus pensamientos y sentimientos, para lo que es necesario apreciar a la otra parte; 2. Afiliación: ser tratado como colega y no como enemigo; 3. Autonomía, cuando se respeta su posición para tomar decisiones importantes al caso; 4. Estatus, cuando se respeta su estatus, y 5. Rol, cuando usted define su rol y encuentra que este es valioso, a diferencia de sentirse en un rol que no es personalmente valioso.

Todas estas preocupaciones básicas se deben enfocar desde ciertos estándares, pues deben ser apropiadamente cumplidas, aunque no necesariamente al cien por ciento. Los tres criterios son: 1. El de justicia, cuando somos tratados con los mismos estándares que las demás personas, 2. Con honestidad, es decir que podamos confiar en que lo dicen es verdadero, y finalmente 3. Que lo dicho sea consistente con las circunstancias actuales. Las preocupaciones básicas se deben usar como un “lente” al preparar y conducir una negociación, nos sirven para comprobar que se cumple con las preocupaciones básicas<sup>23</sup>.

A la fecha de este artículo<sup>24</sup> este es el estado de la cuestión en los libros de Negociación de la Escuela de Harvard. Ahora pasaremos a revisar el estado de la cuestión más allá de los libros de divulgación y trataremos de dar un panorama de otros textos usados en las escuelas de Derecho de los Estados Unidos, especialmente en la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown.

Uno de los “Clásicos” de la negociación es “**Más allá de Ganar**”<sup>25</sup>, que a pesar de estar primariamente enfocado hacia abogados, todos podemos beneficiarnos de sus análisis y consejos, pues pone en un lenguaje simple de la dinámica de la negociación y sus implicados, dando ejemplos que pueden ser aplicables en la mediación familiar. Robert Mnookin acuñó el término “**Negociando en la sombra de la ley**”, el cual se adapta especialmente al caso de la mediación familiar. El “negociar en la sombra de la ley” significa que toda negociación tiene un marco legal en que se mueven las posibilidades de un arreglo, pues este no puede –aunque estuvieran de acuerdo en ello– ser contra de la ley. Esto es especialmente cierto en las Mediaciones familiares, donde el elemento legal es aun más evidente e imposible de

---

<sup>21</sup> Fisher, Roger and Shapiro, Daniel “Beyond Reason”, Penguin New York, 2006 .

<sup>22</sup> “Core Concerns” en el original, pág. 15.

<sup>23</sup> Beyond Reason, pág. 18..

<sup>24</sup> Octubre de 2009

<sup>25</sup> Mnookin, Robert, Peppet, Scott, y Tulumello, Andrew, “Beyond Winning, Negotiation to Create Value in Deals and Disputes, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2000.

ignorar, puesto que todos los acuerdos de mediación deben pasar por un control de legalidad, para no pasar a llevar los derechos inalienables de la Ley. Otro aporte de Mnookin es el analizar las relaciones dentro de una negociación (para nuestros efectos, esto se aplica también a una mediación). El habla de que, en una negociación, pueden darse dos partes, que pueden estar compuestas por más de una persona, por ejemplo los negociadores y sus representantes, que pueden o no ser abogados. La esencia de su planteamiento es que dentro de cada parte se generan tensiones que pueden afectar la negociación (o incluso facilitarla a veces.) Ahora bien, en la mediación familiar en Chile esto no se percibe un problema, pues actualmente las partes concurren solas a la negociación, pero así como las realidades de los mediados se hacen más complejas, podemos pensar que, en un futuro no muy lejano, las partes acudan con sus abogados a mediación (como es común en los EE.UU.), y ahí entra a tallar la relación de cada parte con su abogado y la de estos entre sí. Incluso las partes que van a mediación muchas veces van en representación de otras personas (hijos, hermanos, padres, etc.), lo que hace a cada lado "de la mesa" haya tensiones. En todo caso, todas las negociaciones legales son "a la sombra de la ley".

Para muchos, la "distribución de Valor" es la esencia de la Negociación. Pero según Mnookin también en una negociación se puede dar la "Creación de Valor"<sup>26</sup>. "Crear Valor" a través del método de Negociación de Resolución de Problemas significa alcanzar un acuerdo que, cuando se compara con otros posibles resultados negociados, hace que ambas partes estén mejor o hace que una parte quede mejor sin hacer que la otra parte quede peor (óptimo de Pareto).

Mnookin también propone que los intercambios pueden crear valor cuando hay diferencias entre las partes, pues al contrario de lo que se cree habitualmente, es en las *diferencias* y no entre las similitudes que están las mayores posibilidades de crear valor. Por ejemplo, diferencias entre el nivel de riesgo tolerable para una parte y otra. Por otro lado, pueden darse similitudes NO competitivas y economías de escala y de ámbitos. Todos aspectos son analizados por este autor, con un nivel de análisis mucho mayor a los de la "Negociación Estilo Harvard".

Las diferencias crean el escenario para posibles ganancias del intercambio, y es a través del intercambio que se crea valor. Cuando las partes tienen diferentes recursos, diferente valoración relativa de los recursos, es por ejemplo: si yo tengo 10 naranjas y Pedro tiene 10 manzanas, pero a mí me gustan mucho más las manzanas, y Pedro le gustan las naranjas, esto puede llevarnos a un muy buen acuerdo (dependiendo de cuánta información queramos compartir con la otra parte). También en el tiempo pueden darse ejemplos de negociación o mediación que se ajusten al interés de las partes, al establecer calendarios de pág.o en cuotas que pueden no ser considerados por los Tribunales. También pueden ser diferentes los pronósticos o Preferencias sobre el futuro (si yo creo que algo se valorara o no en el futuro), diferentes Preferencias de Riesgo (si soy una persona conservadora no me gustara el riesgo, y si soy más aventurero preferiré un bien futuro aunque no sea seguro).

---

<sup>26</sup> Esto es similar a lo que Fisher y Ury llamaban "Agrandar el pie (referencia a lo que en nuestro país se conoce como Kuchen o pie).

Además de las palabras clave de negociación hechas conocidas por el Estilo Harvard como "Alternativas", "BATNA" (o Mejor Alternativa a un acuerdo negociado, MAAN en español), Mnookin plantea que existe el "Valor de Reservación" y la ZOPA (Zona de Posible Acuerdo)<sup>27</sup>.

El Valor de reservación es la traducción del BATNA a un valor que se puede poner "en la mesa". Eso quiere decir el valor en el cual usted está en el punto medio (indiferencia) entre alcanzar un acuerdo o terminar la negociación y quedarse con su BATNA. Esto se hace mediante un ejercicio que demuestre gráficamente, por medio de un eje horizontal, los valores a los cuales un vendedor prefiere vender un automóvil, o sino se queda con su auto, y por otra parte el valor en que el comprador está dispuesto a comprar, sube, él ya no quiere comprar el bien y se queda sin este. Sin embargo, idealmente, se crea una ZONA donde ambos comprador y vendedor se podrían beneficiar mutuamente, si es que conocieran la existencia de esta zona, llamada "Zona de Posible Acuerdo" o ZOPA.

La Zona de Posible Acuerdo (ZOPA), es la zona de negociación creada por los dos valores de reservación. La ZOPA define un "excedente" que puede ser dividido entre las partes, es decir yo gano mas que mi valor de reservación y la otra parte también.

### Fig. 1 precio del auto

3. mill. - 3.5 mill a 4.mill. - 5.mill.  
- Zona de posible acuerdo -

Otro concepto novedoso y muy útil en mediación es el ejercicio (pero basado en la realidad) planteado por Mnookin y otros, como el "círculo de entendimiento"<sup>28</sup>. Es un proceso de tres pasos, destinado a mostrar a la otra parte que podemos comprender lo que dicen, siempre que el otro muestre algún interés en ser comprendido y que haya demostrado algún nivel de acercamiento compartiendo cierta información con nosotros, y que consiste en una serie de preguntas y respuestas, como un círculo:

- Se parte haciendo una pregunta o afirmación
- El otro lado responde a ella.
- Usted demuestra que comprende a la otra parte y se lo demuestra verbalmente.
- Si la otra parte confirma su demostración de entendimiento, se completa el círculo.

Para ejecutar esta técnica se debe ser sincero, no se trata de ceder a la posición de la contraparte sino solo demostrar que se entiende su punto de vista. La empatía demostrada en este método NO significa que uno esta de acuerdo. Pero si para la

<sup>27</sup> Mnookin, *op cit.*, página 19.

<sup>28</sup> En el original, "The empathy loop". Mnookin, page 65.

negociación las técnicas de escucha activa y comunicación persuasiva son el mejor suelo en que crece la negociación, más aún en la mediación, donde esta técnica fue desarrollada por Gary Friedman, en sus seminarios avanzados de mediación en N. York. "Mediación a través del Entendimiento"<sup>29</sup>.

Finalmente, Mnookin demuestra que la introducción de abogados en el proceso de la negociación tiene un costo, pero también importantes beneficios, si el abogado tiene una mínima formación en Resolución Alternativa de conflictos: Por ejemplo, ayudarle a la parte haciendo un "Chequeo de la realidad" sobre los verdaderos costos de llevar el caso a litigación, explicándole las ventajas y desventajas de la legislación (de fondo tanto como procedimental, plazos, tribunales, etc.) También debe explicar los costos de litigar, y también el costo del riesgo de litigar, elementos todos que confluyen para tomar una adecuada decisión sobre si litigar o llegar a un acuerdo, y la razón porque Mnookin mismo dice que la gran mayoría de los casos llegan a un avenimiento<sup>30</sup>.

"El Arte y la Ciencia de Negociación"<sup>31</sup> fue publicado el año 1982 por otro profesor de Harvard, proveniente de su escuela de Negocios, por lo que su enfoque suele incluir en usar ejemplos estadísticos, de "teoría de los juegos"<sup>32</sup> o incluso de negociaciones internacionales. Sin embargo, podemos extraer valiosos consejos de su obra. El mismo dice que su libro no está dirigido a académicos sino a negociadores, y que mucho se ha hecho en el tema de la negociación desde el punto de vista de las habilidades del negociador (Estilo Harvard) y que él cree más necesario **analizar el problema** desde el punto de vista de la negociación<sup>33</sup>.

Primero que nada, Raiffa intenta hacer una clasificación de las negociaciones, las circunstancias y sus resultados, dándose cuenta que una clasificación exhaustiva no es posible, pero si, que nos proporciona elementos valiosos como herramienta de análisis. Sin el ánimo de ser exhaustivo, primero, distingue las negociaciones entre dos partes de las que tienen múltiples intervinientes, desde tres en adelante (esto puede suceder en una mediación cuando hay familiares incluidos, como abuelos, hermanos, etc.). Otro elemento es ver si las partes de una negociación son "*monolíticas*", es decir que tienen una visión común o hay diversas visiones. Esto puede complicar bastante las negociaciones (y presentarse especialmente cuando las partes actúan representadas por abogados.) Por otro lado, cuando las partes saben que su negociación será solo "una vez", es muy diferente que cuando son partes que saben que tendrán que negociar repetidamente, preocupándose de hacer un ambiente más favorable que si solo se negociara una vez. Así el clima de la negociación puede mejorar- o dañarse si en una negociación se dan problemas de honestidad de una parte. Pero en general se busca mantener una relación buena para ambos.

Cuando hay decisiones que tienen efecto en otras negociaciones futuras (tales

<sup>29</sup> Seminario de Mediación Avanzada, Ossining, New York, Gary Frieman, abril de 2004.

<sup>30</sup> Mnookin, *et al.*, p. 102.

<sup>31</sup> Raiffa, *The art and Science of Negotiation*: publicado el año 1982.

<sup>32</sup> En inglés, "game theory", lo que tiene que ver con un enfoque de resolución racional de los problemas.

<sup>33</sup> *Op cit.*, 359.

como las que surgen en una mediación familiar) hay que tener en cuenta el impacto de una negociación en las negociaciones futuras o coetáneas. También se analiza si la negociación es sobre un solo punto o varios puntos relacionados, generando una oportunidad para crear intercambios que sean beneficiosos para todas las partes involucradas, lo que se da mucho en las mediaciones familiares cuando están ligados la mediación sobre alimentos y cuidado personal del menor. También habla de las negociaciones que tienen un plazo fijo (como las negociaciones de un sindicato), por alguna de las partes, la otra puede presionar con dilatar la negociación. La última pregunta afecta claramente a la mediación: Raiffa dice que la posibilidad de recurrir a un tercero imparcial (ya sea mediador o árbitro) tiene grandes efectos en la negociación. Sin embargo, si está presente un tercero interviniente, entonces surge una serie de temas: ¿Cuánta información revelar no solo a la otra parte, sino también al mediador?, o si debe ser honesto y leal con el tercero imparcial. Este libro presenta, entre casos de análisis de juegos, con ejemplos matemáticos, una serie de consejos muy valiosos, como: no avergonzarse a la otra parte mientras se negocia con ellos, al obligarlos a hacer todas las concesiones<sup>34</sup>. Raiffa habla además del “baile de la negociación”.

**Barrera para la resolución de problemas**<sup>35</sup>. Esta obra propone que existen ciertas “barreras” que afectan a todas las personas al momento de negociar. Estas barreras son: primero, barreras tácticas, las que nacen de los esfuerzos de las partes de mejorar sus resultados, ya sean de corto o largo plazo. Pero este modelo de negociación llamado “racional” que ha sido profusamente estudiado en los EE.UU., el resultado de ella es que impiden un acuerdo eficiente. El segundo tipo de barreras son las psicológicas, estudiadas por la psicología, que consisten en un sesgo (bias) en que las personas interpretan la información, evalúan los riesgos y experimentan sentimientos de ganancia o pérdida. La tercera categoría es lo que se llama un “cajón de sastre” en la que caben diversos factores estructurales o institucionales. Hay que mencionar además que las barreras se potencian unas a otras haciendo muy difícil el proceso de negociación.

Las barreras tácticas y estratégicas son aplicadas por algunos negociadores, quienes generalmente se quedan atrapados en dos dilemas: el primero es lograr es decir, maximizar lo que hay que dividir (lo que los autores norteamericanos llaman “agrandar el pastel”); y la segunda meta es lograr obtener la mayor porción de ese pastel. Estos dos dilemas se entrecruzan, no logrando el mejor resultado.

Además las partes usan el secreto o “bluff” para no compartir información y eso precisamente impide un buen resultado de Ganar-Ganar. Otra táctica es la práctica del engaño, lo que suele resultar en resultados menores que óptimos. Por otro lado, aun contando con la información de la otra parte, las tácticas de negociación “dura” pueden impedir un acuerdo beneficioso, cuando las personas intentan obtener la mayor “porción” del pastel, terminan haciéndolo mas pequeño para todos.

El estudio de las barreras para una negociación también puede servirnos para

<sup>34</sup> Raiffa, *op cit.*, pág. 48.

<sup>35</sup> Arrow, Kenneth, *et al.*; “Barriers to conflict resolution” PON, Program on Negotiation Harvard Law School, 1999, pág. 22.

estudiar lo que nos permite superar las barreras, en este caso concretamente el rol de un tercero neutral o mediador<sup>36</sup>. Según los autores, los mediadores pueden ayudar a superar las barreras que existen en la negociación.

Las barreras estratégicas: si se revela información o no, en la medida que un tercero neutral tiene la confianza de ambas partes, es más probable que se decidan a confiar al otro información importante que les permita llegar al mediador lograr los mejores intercambios o incluso "agrandar el pie" para lograr un acuerdo. Más aun un tercero neutral puede evitar que las partes jueguen un "juego sucio".

Respecto a las barreras psicológicas, un mediador puede hacer mucho por suprimirlas o al menos atenuarlas. De hecho, el mediador debe establecer un clima de solución creativa de conflictos (revisar libro p.23).

Respecto al fenómeno de la "*devaluación reactiva*", el efecto que se produce cuando una contraparte nos hace una proposición que puede ser buena, pero nuestra disposición a aceptarla disminuye por ese solo hecho de ser propuesta por la contraparte; a veces puede ser evitado o al menos reducido si las proposiciones vienen de un tercero neutral. Esto es especialmente cierto cuando el mediador ha tenido sesiones separadas con ambas partes y luego propone bases para un arreglo que toma en cuenta los intereses de ambas partes<sup>37</sup>.

*Organizational Barriers*: Un mediador puede ayudar a reducir las barreras organizacionales, como la relación principal-agente, tema que surge si a la mediación llegan las partes con sus abogados. Si el mediador se reúne directamente con las partes y les hace presente las ventajas para ambos de solucionar el conflicto (económicas y de tiempo), ellos pueden preferir llegar a una solución conjunta sin la intervención de los abogados<sup>38</sup>. Finalmente el mediador puede ser un educador para las partes en el sentido de hacerles ver las barreras para el acuerdo, permitiéndoles llegar a un acuerdo entre ellas<sup>39</sup>.

Un buen recuento de la evolución de la negociación "estilo Harvard" es el artículo de autoría de la Profesora de RAC y ética de negociaciones, Carrie Menkel-Meadow, quien en el año 2006 publicó un artículo en la Revista de Negociación de Harvard<sup>40</sup> titulado "¿Por qué el mundo no ha llegado al Sí? Es un artículo que analiza el sistema Harvard de negociación y destaca sus logros tanto como sus debilidades, destacando que ella, y muchos autores mas, consideran aun los cuatro principios y los siete elementos de "Sí, de Acuerdo" como el artículo que dio pie al desarrollo de la teoría de negociación, agradeciendo a Fisher y Ury la gran oportunidad de desarrollar una teoría que puede ser usada para hacer del mundo un mejor lugar.

---

<sup>36</sup> Arrow *et al.*, op cit., pág. 22.

<sup>37</sup> *Ibid*, pág. 23.

<sup>38</sup> Nota del Traductor: En Estados Unidos es muy frecuente que a una mediación lleguen las partes acompañadas de un abogado, lo que hace aun más complejas las relaciones en la mediación.

<sup>39</sup> (Arrow, *et al.*, p. 23).

<sup>40</sup> Menkel Meadow, C. (october 2006) Why hasn't the World Gotten to Yes? Harvard Negotiation Journal, page 485 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

Fisher, Roger, Ury, William y, Bruce: "Getting to Yes, Negotiating Agreement Without Giving in", Penguin books, New York, EEUU, 2ª edición, 1991.

Mnookin, Robert, Peppet, Scott, Tulumello, Andrew; "Beyond Winning, Negotiating to Create Value in Deals and Disputes", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

Raiffa, Howard, "The Art and Science of Negotiation", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1982.

Arrow, Kenneth, "Barriers to Conflict Resolution", PON books, Cambridge Massachusetts, 1999.

"Toward Another View of Legal Negotiation, The Structure of Problem Solving, Menkel Meadow, Carrie, 31UCLA L. Review 754 (1984).

Ury, William, "Getting Past No: Negotiating Your way from Confrontation to Cooperation", Bantam Books, New York, edición revisada, 1993.

Roger Fisher and Scott Brown, "Getting Together, Building Relationships as we Negotiate" Penguin Books, 1988.

Stone, Douglas, Patton, Bruce, Heen, Sheila, "Difficult conversations" Penguin Books, New York, 1999.

Fisher, Roger and Shapiro, Daniel. "Beyond Reason. Using Emotions as you Negotiate", Penguin Books, New York, 2006

Arrow, Kenneth, et al., "Barriers to conflict resolution" PON, Program on Negotiation, Harvard Law School, 1999.



# La Confidencialidad en el Arbitraje, el Caso de Ecuador

Confidentiality in Arbitration, the Case of Ecuador

Francisco Endara Flores\*

## Resumen

En el presente artículo se analizará el tema de la confidencialidad en el arbitraje; sin pretender ser un estudio exhaustivo y definitivo del mismo se examinará su alcance, limitaciones y excepciones, a la luz de la práctica de los Centros de Arbitraje y jurisdicciones arbitrales más importantes en el mundo; para luego analizar la situación de la confidencialidad en el Ecuador. Para en la parte final analizar la viabilidad sobre la publicación o no de los laudos arbitrales, para la contribución aun desarrollo de la jurisprudencia arbitral en el país.

## Abstract

In this paper, I will analyze the main aspects of confidentiality in arbitration, without the intent to provide a definitive or exhaustive analysis on the topic. The analysis will be conducted, by comparing and exploring what the main arbitration centers and the most important arbitral jurisdictions have done in this topic and how municipal courts have dealt with this issue. In a later section will discuss the principle of confidentiality in Ecuador to finally determine whether or not it is possible to publicize awards render by the Arbitral Centers and to develop the much needed arbitral jurisprudence.

**Palabras clave:** Confidencialidad, Excepciones a la, Privacidad.

**Key words:** Confidentiality, Privacy, Exceptions to.

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, abogados practicantes como académicos, resaltan el tema de la confidencialidad como una de las principales ventajas del arbitraje, y es esta posibilidad de confidencialidad una de las razones por las cuales se acude al arbitraje.

---

\* Coordinador Académico del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

*seguir el interés público*"<sup>15</sup>. Pese a la formulación genérica de la primacía del interés público, debemos circunscribir este caso a sus hechos específicos, puesto que en el mismo se trató de un caso en el que puso en juego cuestiones ambientales y de salud pública muy sensibles, a más de que una de las partes procesales en este arbitraje era una institución pública.

## 2. EXCEPCIONES A LA CONFIDENCIALIDAD

Como se dijo anteriormente, si bien es cierto que la confidencialidad arbitral es ampliamente reconocida, este principio no es absoluto *"existen limitaciones... que pueden surgir de una ley"*<sup>16</sup>. Así como también, de *"la necesidad de proteger y perseguir un derecho"*<sup>17</sup> de las partes involucradas en el procedimiento arbitral.

De ahí que en aquellos casos en los que las partes tengan un acuerdo expreso de confidencialidad o este provenga de haberse sometido a un arbitraje administrado por un Centro<sup>18</sup>; las partes tendrán que revelar *"el hecho de que un proceso arbitral está en curso, o el laudo: a) cuando una de las partes tiene un obligación legal de revelar dicha información (por ejemplo, a miembros de la Junta directiva<sup>19</sup>, auditores corporativos, accionistas, aseguradores, bancos, autoridades tributarias); o b) cuando la parte deba revelar dicha información para proteger sus legítimos intereses en procedimientos contra terceros; o c) cuando la parte inicia procedimientos ante los tribunales locales<sup>20</sup>"*; en esta situación nos podemos encontrar cuando se han iniciado los procedimientos para remover o recusar un árbitro<sup>21</sup> o se ha planteado acción

<sup>15</sup> Ob, cit. pie de página 8. Pág. 36

<sup>16</sup> Ob, cit. pie de página 3.

<sup>17</sup> Ob, cit. pie de página 3.

<sup>18</sup> Ese no sería el caso del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, ya que para que sea confidencial el arbitraje se requiere acuerdo de las partes, ahora bien, que si escogen o aplican la cláusula modelo del Centro sí se producirá dicha situación.

<sup>19</sup> Ahora bien, dicha excepción de divulgación de esta información a los accionistas de una compañía o Junta Directiva no puede ser entendida como carta blanca a una de las partes, para divulgar información *"a través de declaraciones describiendo los procedimientos arbitrales"* puesto que como sostuvo un Tribunal Arbitral bajo reglas de la CCI *"a manera de principio los procedimientos arbitrales tienen un carácter confidencial que debe ser respetado por todos los que participan en él"*. Caso citado en Yves Fortier, L. (1999). The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality. *Arbitration International*. 2.Vol.15. Pág.131. Esta decisión lo que sugiere es que el contenido de los procedimientos, de las audiencias del proceso arbitral, así como de la documentación producida en este debe mantener bajo reserva o de manera privada como se indicará más adelante, pero sí se puede poner en conocimiento como señala la excepción la existencia del arbitraje y la naturaleza del arbitraje, conducta que no fue reprochada por dicho Tribunal Arbitral bajo reglas de la CCI.

<sup>20</sup> En el mismo sentido véase el caso *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir*, donde se delinearon las mismas excepciones, pero se agregó el consentimiento de las partes como excepción a la confidencialidad y finalmente cuando el interés público lo requiera. Opinión que comparte el académico inglés Reed en su libro *Confidence and Confidences: Confidentiality Considerations, in Particular for Parties and Counsel*. Ob, cit. pie de página 3.

<sup>21</sup> Esta disposición no es aplicable a nuestro caso ya que según el reglamento del Centro, será el mismo tribunal el que resuelva la recusación o si no como lo prevé la Ley de Arbitraje y Mediación, será el Director del Centro quién decida ese tema.

de nulidad contra el laudo o cuando lo que se busca es el cumplimiento forzoso de un laudo.

Sobre ese mismo punto resulta ilustrativo el caso resuelto por los tribunales ingleses denominado AEGIS<sup>22</sup> en la cual determinó que *“obligaciones por confidencialidad no previenen a una parte en el arbitraje de valerse del laudo que le dio derechos frente a la otra parte...[caso contrario] el vencedor no podría ejecutarlo ya sea como una declaración de sus derechos...[o para pedir compensación]... económica, que sería inconsistente con el arbitraje y frustraría los propósitos mismos del arbitraje”*<sup>23</sup>.

En ese mismo caso, se dejó claro que lo que tiene protección son *“los documentos generados e intercambiados durante el proceso arbitral...[los cuales]deben ser preservados por el principio de confidencialidad... no obstante... el uso de un laudo anterior, en otro arbitraje entre las mismas dos partes no generará que se viole el acuerdo de confidencialidad”*<sup>24</sup>.

Esto no obsta en nada, ni puede interpretarse ni debe infundir temor a los usuarios del sistema arbitral, debido a que la obligación de confidencialidad, es estricta para los árbitros<sup>25</sup>, estos tienen una *“obligación de mantener en reserva todos los hechos, circunstancias relacionadas con las partes<sup>26</sup> y la controversia que no son de conocimiento público y que las conocen en el curso del arbitraje”*<sup>27</sup>. Esta obligación es permanente, se extiende aún después de que ha finalizado el arbitraje<sup>28</sup>.

Aquí también podemos encontrar excepciones a esta obligación, como por ejemplo cuando los árbitros para cumplir cabalmente con su tarea se les permiten divulgar información a terceros<sup>29</sup>, situación que ocurre cuando *“cuando instruyen a un experto”*<sup>30</sup>.

Para finalizar esta sección debemos mencionar que aún en los casos de un acuerdo expreso de confidencialidad de las partes sometidas al arbitraje *“esos acuerdos no abarcan ni cubren todos los temas, sino que son sujetos a interpretación a la luz de los hechos y las circunstancias en los que el acuerdo de confidencialidad fue*

---

<sup>22</sup> Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd. V. European Reinsurance Company of Zurich. Aparece en Dundas. H. (2004). Confidentiality Rules OK? Recent Developments Affecting the Confidentiality of Arbitration. Transnational Dispute Management, 2, Vol.1, Pág. 2.

<sup>23</sup> Ob. cit. pie de página 22.

<sup>24</sup> Ob. cit. pie de página 3.

<sup>25</sup> El Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en su artículo 62 e) indica: Son deberes y obligaciones del árbitro, además de las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación...: e) Mantener el carácter confidencial de las reuniones mantenidas durante el desarrollo del proceso arbitral y antes de expedir el laudo;

<sup>26</sup> Podemos decir que incluye la obligación de mantener en reserva, todos los materiales, hechos, y los procedimientos, deliberaciones entre otros. El Código de Ética del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, resalta dicha obligación de los árbitros del centro en los artículos 2,3,4, 5. Al referirse a documentos, hechos, deliberaciones, y sesiones durante y después del arbitraje.

<sup>27</sup> Ob. cit. pie de página 3.

<sup>28</sup> El Código de ética del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en sus artículos 2, 3, 4 y 5 señala obligaciones de este tipo para los árbitros al resaltar que su obligación de confidencialidad es de carácter perpetuo.

<sup>29</sup> Ob. cit. pie de página 3.

<sup>30</sup> Esa sería la situación de testigos, y peritos. Véase Ob. cit. pie de página 3.

realizado y teniendo en cuenta los principios y propósitos del arbitraje”<sup>31</sup>. La determinación e interpretación del acuerdo de confidencialidad a partir del caso AEGIS, demuestra una tendencia por aplicar un enfoque de caso a caso para “determinar la confidencialidad de los diferentes tipos de documentos o de documentos que han sido obtenidos de diversa forma en los arbitrajes... en otras palabras la inherente privacidad del procedimiento arbitral no necesariamente”<sup>32</sup>.

### 3. RESPECTO DEL LAUDO

Como se mencionó anteriormente, de la tendencia de distinguir entre privacidad y confidencialidad del proceso arbitral, nos permite a su vez distinguir la confidencialidad o privacidad del proceso, separándola de la confidencialidad del laudo, esto sin perjuicio de lo que disponen ciertos reglamentos arbitrales como las reglas UNCITRAL que el laudo podrá únicamente ser publicado por acuerdo de las partes.

Criterio que fue adoptado por los jueces norteamericanos al sostener en el Caso Hassneh Insurance c/ Mew, que “el laudo y los motivos expuestos en dicho laudo eran de naturaleza distinta de los demás elementos del proceso arbitral (por ejemplo, notas, y transcripciones de la prueba, declaraciones testimoniales, presentaciones y escritos, todos los cuales... están protegidos... por el principio de privacidad que deriva del hecho de la audiencia” sea a puertas cerradas. Por otro lado, determinó que el laudo “era potencialmente un documento público a los efectos de su supervisión o ejecución por parte de los tribunales... pudiéndose divulgar sin consentimiento de la otra parte o autorización del tribunal si y solamente si, la parte que así lo solicitaba necesitaba proceder” para poder hacer valer un derecho personal o “protegerlo frente a un tercero”<sup>33</sup>.

Sobre este punto podemos concluir que “los arbitrajes... son procedimientos privados que no producen ningún documento para el conocimiento público... a pesar de esto la misma lógica no se puede aplicar a un laudo. Un laudo tal vez tenga que ser puesto en conocimiento público por temas u asuntos contables o para ejecutar los derechos que ese laudo determinó”<sup>34</sup>.

### 4. PRÁCTICA DE LAS JURISDICCIONES MÁS IMPORTANTES EN ARBITRAJE

A continuación, se analiza brevemente la práctica de los foros más importantes en materia arbitral, la misma que permitió constatar que la mayoría de leyes nacionales no regulan de manera expresa el tema de la confidencialidad del procedimiento

<sup>31</sup> Gaffney, J. (2003). Confidentiality in International Arbitration: A recent decision of the Privy Council. Mealey’s International Arbitration Report. 5, Vol 18. Pág.5.

<sup>32</sup> Ob. cit. pie de página 31.

<sup>33</sup> Ob. cit. pie de página 3. Pág. 37

<sup>34</sup> Dundas. H. (2004). Confidentiality Rules OK? Recent Developments Affecting the Confidentiality of Arbitration. Transnational Dispute Management, 2, Vol.1, Pág. 4.

arbitral, "la excepción sobre este punto parecería ser el Arbitration Act de Nueva Zelanda"<sup>35</sup>.

#### 4.1. Estados Unidos

Contrario a lo que se podría pensar, la legislación norteamericana no prevé ninguna norma que regula el tema de la confidencialidad de manera expresa, puesto que ni el Federal Arbitration Act ni en el Uniform Arbitration Act, contienen disposición alguna en este sentido.

Es por ello que en el caso *United States v. Panhandle Eastern Corp et al.*, la Corte Distrital de Delaware, falló que "la confidencialidad no se aplica a los procedimientos arbitraje, siendo así los documentos producidos en el marco de esos procedimientos pueden ser obtenidos por Discovery"<sup>36</sup>.

Ahora bien, esto no significa que el derecho americano haya dejado a un lado el tema de la confidencialidad como señala la autora Kaufmann-Kohler "el deber de confidencialidad se origina ya sea del acuerdo expreso de las partes o de reglas de una institución arbitral", pero dicha obligación según la misma autora se limita únicamente a los árbitros<sup>37</sup>.

#### 4.2. Inglaterra

Por otra parte, encontramos que en el derecho inglés el deber de la confidencialidad si se encuentra reconocido. En Inglaterra, se ha tratado el asunto de la confidencialidad desde dos perspectivas. La primera, enfocada en el "obstáculo que representa la confidencialidad"<sup>38</sup> cuando se busca consolidar demandas o procesos arbitrales, en los cuales participan más de dos partes, y el segundo enfoque ha sido en abordar el tema de la publicación de laudos sin el consentimiento de las partes<sup>39</sup>

Esa decisión fue recogida posteriormente en los caso de *Eastern Saga, Dolling Baker v. Merret*, en las cuales las Cortes Británicas sostuvieron que "que las partes tienen una obligación implícita, que nace de la naturaleza misma del arbitraje de no revelar documentos o evidencia producida en el arbitraje"<sup>40</sup>, a más de los casos ya señalados con anterioridad.

<sup>35</sup> Ob. cit. pie de página 3.

<sup>36</sup> *United States v. Panhandle Eastern Corp et al.*, 118 FDR 346, 10 Fed R Serv 3rd 686 (D. Del. 1988).

<sup>37</sup> 91 The AAA Rules provide for the confidentiality of arbitral proceedings (similarly, the AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes). Article 34 of the AAA Rules, provides that: 'Confidential information disclosed during the proceedings by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the administrator. Unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or to the award'. Article 28.4 of the AAA Rules provides: 'An award may be made public only with the consent of all parties or as required by law'.

<sup>38</sup> Ob. cit. pie de página 3.

<sup>39</sup> Ob. cit. pie de página 3.

<sup>40</sup> Ob. cit. pie de página 3.

### 4.3. Francia

Las Cortes francesas han reconocido que aun en la ausencia de acuerdo expreso de confidencialidad, *“la tradición de discreción en el arreglo privado de disputas... origina un deber de confidencialidad aplicable a árbitros y a las partes, mismo que se extiende al laudo”*.

Resulta ilustrativo de esto la decisión de la Corte de Apelaciones de París, que sostuvo que *“el solo inicio de procedimientos ante la Corte viola el principio de confidencialidad porque ocasionó el debate de hechos que debieron permanecer privados”*. Se debe mencionar que en este caso la conclusión fue obtenida en vista de que la Corte que tramitó un recurso para el cual era manifiestamente incompetente.

### 4.4. Suiza

En el derecho suizo podemos encontrar que sus tribunales federales, publican sus decisiones respecto *“a las nulidades planteadas a los laudos porque estos procedimientos de apelación, son públicos y porque la publicación de esas decisiones se ha considerado que está en el interés público, siempre y cuando en él se resuelvan importantes”*<sup>41</sup> asuntos legales, capaces de crear precedentes.

### 4.5. Suecia y Australia

En sentido contrario, tenemos a Suecia, país en el cual la Corte Suprema ha declarado que *“no existe un deber u obligación de confidencialidad implícito o inherente en un acuerdo de arbitraje”*<sup>42</sup>.

En esa misma líneas, la Corte Australiana, en el caso *Esso/BHP v. Plowman*<sup>43</sup> determinó que *“la confidencialidad no es un atributo esencial del arbitraje y que por lo tanto no existe impedimento alguno para que las partes en el arbitraje revelen documentos u otra información”*<sup>44</sup>. Pero no debemos sacar conclusiones o lineamientos generales de este fallo, ya que debemos contextualizarlo, en ese arbitraje la Corte Australiana arribó a tal conclusión en vista de que el en arbitraje participaba una institución pública o estatal, considerando que en esas situaciones *“el público tiene un interés legítimo en obtener información sobre la conducta y asuntos de instituciones públicas”*<sup>45</sup>. Interés que se hace extensivo para situaciones en la que estén involucradas en arbitraje, de ahí que como algunos autores afirman en el caso *Esso/BHP v. Plowman*<sup>46</sup> es mucho más acertado afirmar que *“existe una presunción de no confidencialidad en cualquier arbitraje en la cual el Estado a una entidad estatal es parte”*<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> Ob. cit. pie de página 3.

<sup>42</sup> Case No. T61198, *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. A.I. Trade Finance Inc.*

<sup>43</sup> *Esso/BHP v. Plowman* ((1995) 128 ALR 391).

<sup>44</sup> Ob. cit. pie de página 43.

<sup>45</sup> Ob. cit. pie de página 43.

<sup>46</sup> Ob. cit. pie de página 43.

<sup>47</sup> Ob. cit. pie de página 3.

#### 4.5. Ecuador

En nuestro país no se ha podido encontrar sentencias de jueces o tribunales que traten el tema de la confidencialidad en el procedimiento arbitral. Sin embargo, nuestra ley de arbitraje y mediación, en su artículo 34 dispone que *“Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido”*<sup>48</sup>.

De lo que se desprende que la confidencialidad debe ser pactada entre las partes, en esa situación es la que nos encontraríamos cuando las partes someten sus controversias al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. En virtud de que la Cláusula Modelo de dicho Centro incluye en su texto como normas aplicables que *“el procedimiento arbitral será confidencial”* y esto es reforzado por lo dispuesto en el artículo 62 del Reglamento del dicho Centro el cual indica que *“el caso del arbitraje confidencial, en este Centro solo las partes, los apoderados o procuradores judiciales de estas, podrán solicitar copias certificadas del laudo correspondiente”*<sup>49</sup>. Adicionalmente, el artículo 4 del mismo Reglamento del Centro establece que las actividades del Centro deben tener *“carácter confidencial, de obligatorio cumplimiento para quienes en ellas participen, sea cual fuere la calidad con que lo hicieren”*<sup>50</sup>.

Esto no obsta que se puedan publicar los laudos siempre y cuando se adopte una política similar a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en París como se explicará más adelante.

### 5. PRÁCTICA DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE MÁS IMPORTANTES

Habiendo analizado la práctica de las sedes arbitrales más importantes, corresponde ahora conocer cuál es la posición de los Centros Arbitrales más importantes sobre el tema de la confidencialidad.

Sobre este punto, en general podemos observar que existen ciertas garantía de confidencialidad en la mayoría de reglamentos, aunque es indudable que el grado de confidencialidad varía de centro a centro, por un lado hay centros que extienden la obligación de confidencialidad a árbitros, y a las partes en cuanto a la información producida en el proceso; por otro, existen otros centros en los cuales esta obligación

<sup>48</sup> Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 34.

<sup>49</sup> Art. 62 Reglamento Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ.

<sup>50</sup> Art. 4 del Reglamento Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ. Esta disposición es similar a la de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ya que su reglamento contiene una disposición cuyo texto dice: *“La actividad de la Corte es de carácter confidencial el cual debe ser respetado por todos los que participen en ella, a cualquier título. La Corte definirá las condiciones bajo las cuales las personas ajenas a la misma pueden asistir a sus reuniones y a sus Comités y tener acceso a los documentos presentados a la Corte y a su Secretaría”.* (Reglamento CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE APÉNDICE I Artículo 6).

se extiende únicamente a los árbitros<sup>51</sup>; aquí tal vez podríamos resaltar que con el deber de privacidad del arbitraje las partes no podrían divulgar de todas formas la información de los procesos.

La profesora Suiza Gabrielle Kaufmann-Kohler menciona en su libro que paradójicamente, a lo que se podría pensar *“muchos reglamentos, no realizan mención alguna de la confidencialidad en materia arbitral”*<sup>52</sup>.

### 5.1. Corte Internacional de Arbitraje de Londres

Esta institución, es quizás en la cual el tema de la confidencialidad está más definida que en las demás, por ejemplo de una lectura del artículo 30 de su reglamento, podemos observar claramente que salvo acuerdo por escrito de las partes existe una obligación de confidencialidad, obligación que se extiende a *“laudos y todos los materiales producidos con propósito del arbitraje, como también los documentos producidos por la otra parte”*<sup>53</sup>.

No obstante, el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, prevé ciertas excepciones, bastante similares a las ya analizadas con anterioridad, como son si hay una *“obligación legal de revelar, si es necesario para proteger un derecho o para ejecutar o pedir nulidad de un laudo de buena fe”*<sup>54</sup>.

Ahora bien, es menester señalar que como política institucional, la CIAL no publica ningún laudo, si no es con el consentimiento del tribunal y de las partes.

### 5.2. Corte Comercial Internacional

En un sentido opuesto al de la CIAL, tenemos a la CCI, puesto que el reglamento de esta no prevé en ninguna parte sobre la confidencialidad del arbitraje, ni del laudo. Su reglamento si contiene disposiciones que le obligan a mantener el carácter confidencial en el ejercicio de su tarea; como son las contenidas en el Art. 6 de su Estatuto y el Art. 1 de sus Reglas Internas<sup>55</sup>.

Pese a dicha disposición su práctica es la de publicar un copia *“editada y redactada”* de los laudos de arbitraje como guía destinada abogados y otros. Sobre este punto Eduardo Silva Romero, antiguo Secretario del Corte de la CCI, manifestó que la publicación siempre y cuando se proteja, oculte la identidad de las partes y

---

<sup>51</sup> Ejemplo de esto son por ejemplo las reglas de la AAA y en el Código de Etica de la misma Organización.

<sup>52</sup> Este es el caso de las reglas UNCITRAL, de las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Euro-Arabe, las reglas del centro de Arbitraje de Hong Kong entre otras. Tomado de la Ob. cit. pie de página 3.

<sup>53</sup> Art. 30.1 del Reglamento de la CIAL.

<sup>54</sup> Art. 30.1 del Reglamento de la CIAL.

<sup>55</sup> El Art. 6 del Estatuto de la Corte dice *“La actividad de la Corte es de carácter confidencial el cual debe ser respetado por todos los que participen en ella, a cualquier título. La Corte definirá las condiciones bajo las cuales las personas ajenas a la misma pueden asistir a sus reuniones y a sus Comités y tener acceso a los documentos presentados a la Corte y a su Secretaría”*. (Resaltado no aparece en el original).

qué se los publique luego de tres años de que fue dictado no habría problema en hacerlo.

Consecuentemente, podemos observar que al interior de la CCI muchos laudos son publicados *“sin el consentimiento de las partes y sin la referencia a sus nombres.. la CCI hace los laudos disponibles para fines investigativos y extracto... [los mismos que] se publican a menudo sin la divulgación de los nombres de las partes”*<sup>56</sup>. Esta forma de publicación es conocida como un *“extracto limpio”* de los laudos; permite su publicación siempre y cuando *“se haya removido todos los nombres de las partes, o cualquier elemento fáctico que permita su identificación”*<sup>57</sup>.

### 5.3. UNCITRAL

Finalmente, debe hacerse mención a las reglas UNCITRAL aunque no pertenecen a ningún Centro estas reglas son amplio uso en el mundo del arbitraje. Estas reglas no hacen mención alguna al tema de la confidencialidad en el arbitraje en general, pero sí podemos encontrar lo que algunos llaman una referencia implícita a la confidencialidad del laudo<sup>58</sup>, debido a que en su Art. 32 numeral 5 señala que *“Podrá hacerse público... solo con el consentimiento de ambas partes”*<sup>59</sup>.

## CONCLUSIONES

Como conclusión podemos sacar que los Centros de Arbitraje que contengan una disposición similar a la del Reglamento de la CCI, o del Centro de la Cámara de Comercio de Quito, por lo que la práctica de la CCI en cuanto a la publicación de laudos resulta un modelo a seguir para todos esos Centros. Al mismo tiempo, que nuestra investigación muestra que se podrían publicar los laudos como lo hacen otras instituciones arbitrales que publican sus laudos, siempre y cuando se mantenga *“el anonimato de las partes y de la controversia... aunque la identidad de los árbitros es en algunas ocasiones revelada”*<sup>60</sup>. Esta tendencia de revelar el nombre de los árbitros ha sido criticada por ciertos autores<sup>61</sup>.

Además, que las partes no tendrán nada de que preocuparse, acerca de la divulgación de la información, puesto que a través del deber de privacidad inherente al arbitraje, *“personas extrañas no [serán nunca] admitidas a las audiencias”*<sup>62</sup> y quizás más importante aún, *“quien no sea parte o cuya presencia no sea requerida por el árbitro no puede estar presente en... el proceso... [garantizándose así]...”*

---

<sup>56</sup> Gaillard, E. y Savage, J. (1999). Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Londres: Kluwer Law International 1 edition. p. 628.

<sup>57</sup> Ob. cit. pie de página 56.

<sup>58</sup> Ob. cit. pie de página 3. Pág. 36.

<sup>59</sup> Reglas UNCITRAL Art. 32, num. 5.

<sup>60</sup> Ob. cit. pie de página 3.

<sup>61</sup> Ob. cit. pie de página 56.

<sup>62</sup> Chávez Bardales, E. (2000). Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional. Pontificia Universidad Católica del Perú.

la exclusión de la prensa, los competidores, proveedores, consumidores, etc...[lo que permitirá] a las partes en un arbitraje no solo... mantener en secreto cierta información estratégica sino que también pueden preservar su imagen y posición en el mercado”<sup>63</sup>. Dándonos, así la tan deseada, necesitada y anhelada jurisprudencia arbitral en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

Caso de los Tribunales Australianos. *Esso/BHP v. Plowman* ((1995) 128 ALR 391).

Chávez Bardales, E. (2000). Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Código de ética del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

Corte Distrital de Delaware, *United States v. Panhandle Eastern Corp et al.*, 118 FDR 346, 10 Fed R Serv 3rd 686 (D. Del. 1988).

Corte Suprema de Suecia. Caso No. T61198, *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. A.I. Trade Finance Inc.*

Cortes Inglesas, Caso, Ali Shipping Corporation c/ Shipyard Trogir.

Cortes Inglesas, Caso, Hassneh Insurance Co of Israel c/ Mew 1993 2 Loyd's Rep. 243, párrafo 247.

Dundas. H. (2004). Confidentiality Rules OK? Recent Developments Affecting the Confidentiality of Arbitration. *Transnational Dispute Management*, 2, Vol. 1.

Gaffney, J. (2003). Confidentiality in International Arbitration: A recent decision of the Privy Council. *Mealey's International Arbitration Report*. 5, Vol 18.

Gaillard, E. y Savage, J. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International 1 edition. p. 628.

Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

Redfern, A., Hunter, M., Nigel B., y Partisades, C. (2004). *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Madrid, España: Aranzadi, Cuarta Edición. Kaufmann-Kohler, G. y Stucki, B. (August 12, 2004). Confidentialidad. *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*. Londres: Kluwer Law International.

Reglamento Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Quito.

Reglamento de la CCI.

---

<sup>63</sup> Ob. cit. pie de página 62.

Reglamento de la CIAL.

Reglas UNCITRAL.

Ronald Bernstein en su libro *Handbook of Arbitration Practice*. (1998). Londres: *London Sweet & Maxwell*, Tercera Edición.

Yves Fortier, L. (1999). The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality. *Arbitration International*. 2. Vol. 15. Pág. 131.



# La mediación en la Justicia Penal Juvenil

## Mediation in Juvenile Criminal Justice

Ulf Christian Eiras Nordenstahl\*

*"El problema de la juventud es que yo no formo parte de ella"*  
Salvador Dalí

### Resumen

En el marco del nuevo paradigma de la responsabilidad penal juvenil los servicios de administración de justicia deben adecuar sus procedimientos y herramientas a fin de permitir que las medidas socioeducativas cumplan con su finalidad específica.

Basados en los conceptos de justicia restaurativa, con el aporte multidisciplinario, una fuerte raigambre en los derechos humanos fundamentales y la participación comunitaria, los modelos de métodos alternativos de resolución de controversias, como la mediación, vienen a ocupar un lugar privilegiado para el abordaje de la problemática de los jóvenes a quienes se les atribuya la comisión de actos que encuadren en infracciones a la norma penal.

El sistema penal tradicional además de ser un reproductor de la violencia a través de las respuestas coercitivas y la estigmatización, no brinda el espacio para una positiva responsabilización, la reparación del daño y la reactivación de los vínculos sociales.

Más que una salida alternativa al procedimiento judicial se trata de una verdadera práctica transformadora tendiente a desarrollar el potencial de cambio en los jóvenes, para que puedan, a través de la participación en un espacio de diálogo, ser protagonistas de la construcción de su personalidad autónoma.

### Abstract

Within the frame of the new paradigm of juvenile criminal responsibility, the services of administration of the law must adapt their procedures and tools so as to allow socio-educational measures to achieve their specific aim.

Based on the concepts of restorative justice, with a multidisciplinary contribution, a strong support on basic human rights and community participation, the models of alternative methods of resolution of controversies, such as mediation, come to

---

\* Ulf Christian Eiras Nordenstahl Mediador, abogado y profesor en historia Director de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego Ushuaia, Argentina. Correo: ulf\_2004@yahoo.com.ar

play a privileged part in the approach to problems of young people who are charged with committing acts of infringement of the criminal law.

The traditional criminal system, apart from breeding violence through restraining answers and stigmatization, it does not offer the space for taking positive responsibility, the restoration of damages and the reactivation of social bonds.

Rather than an alternative way out of the legal procedures, it is a truly transformational practice leading to the development of young people's potential for change, so that they can, by means of their participation in a space for dialogue, be protagonists in the construction of their autonomous personality.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal juvenil, justicia restaurativa, mediación víctima-victimario

**Key words:** Juvenile criminal responsibility, restorative justice, victim-offender mediation

## INTRODUCCIÓN

Si partimos desde la base de que resulta necesaria la creación de un sistema de administración de justicia para los jóvenes y adolescentes a quienes se les atribuya la comisión de actos que encuadren en infracciones a la norma penal, no podemos menos que suponer a la mediación como una posibilidad más de salida procedimental.

Es que teniendo en cuenta la finalidad socioeducativa de la pena (una de las características fundamentales del sistema penal juvenil), los llamados Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (RAC) aportan precisamente las herramientas apropiadas para que esa función se dé en una mayor plenitud, propendiendo así a una solución que facilite la autocomposición de las partes, la responsabilización del joven por sus actos, la revinculación social, y la reparación del daño, a la vez que permita evitar la estigmatización y la revictimización.

Los distintos países sudamericanos, en la adecuación de su legislación a los preceptos de las convenciones internacionales sobre niñez y adolescencia, no pueden dejar de lado la oportunidad de incorporar este instituto que tantos beneficios viene aportando en otros ámbitos de la vida jurídica.

### ¿QUÉ CULPA TIENE EL PAVO?

Un gran amigo, psicólogo y especialista en mediación penal juvenil incorporó hace tiempo un párrafo de "Cuento de Invierno" de William Shakespeare como epígrafe en uno de sus textos. Dice más o menos así: *"Desearía que no hubiese edad intermedia entre los 16 y 23 años, o que la juventud durmiese hasta hartarse, porque no hay nada entre esas edades como no sea dejar embarazadas a las chicas, agraviar a los ancianos, robar y pelear"*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> VEZZULLA, J. C. (2005). La mediación de conflictos con adolescentes autores de acto infractor, México, Ed. Universidad de Sonora.

Todos hemos escuchado en nuestra adolescencia tanto a nuestros padres como docentes referirse a esa época por la que atravesábamos como difícil, complicada, traumática, en definitiva, y como comúnmente se conoce como “la edad del pavo”.

Es que precisamente hablamos de la etapa en que se produce el paso desde la infancia a la edad adulta, de la dependencia a la autonomía. El momento de la búsqueda de reconocimiento y la necesidad de adquirir mayor seguridad para poder dejar de ser *objeto* y convertirse en *sujeto*.

Es allí donde se produce la definición de la identidad en la construcción del *yo* y la elaboración de un proyecto de vida propia, con todo ese condimento de idealismo característico.

Sin profundizar en las cuestiones particulares de la madurez y desarrollo biopsicosocial que se producen, lo cierto es que se trata de un momento de alto desequilibrio orgánico e inestabilidad emocional. Podemos mencionar como ejemplo el desfasaje que significa la llegada a un punto de la madurez biológica, vista como alcanzar la capacidad de reproducción y *ma/paternidad*, y la falta de autonomía social e independencia económica de los padres.

Mucha tinta se ha volcado en la discusión acerca de la edad biológica que habría de tenerse en cuenta para considerar la imputabilidad de los jóvenes. Lo cierto es que debe existir una correspondencia entre la capacidad de autonomía del sujeto y el ejercicio de los derechos reconocidos socialmente (ej. votar y ser elegido, conducir vehículos, comprar bebidas alcohólicas, marchar a la guerra y matar, etc.).

De la misma manera, el desarrollo de un pensamiento lógico-analítico conlleva a la adquisición de nuevas identificaciones tanto en lo individual como en lo colectivo, con la consecuente aceptación y negación de los principios que ordenan lo social.

Este esquema de construcción de la moral se basará en la construcción de nuevas formas de relación con los mayores significativos y sus pares. Aún cuando siga acudiendo al mundo adulto para encontrar protección, refugio y consejo, en la búsqueda de reafirmación y definición de su identidad tendrá una actitud permanentemente crítica llegando a veces hasta a ser crueles.

La imposibilidad de los jóvenes para acceder al mercado laboral y el consecuente ocio forzado; la carencia de canales de participación en el ámbito sociopolítico; la falta de correlación entre el deseo de lograr los bienes y valores creados culturalmente por la misma sociedad a través del consumo y la publicidad y las dificultades concretas de satisfacerlo; pueden generar la percepción de hostilidad que predisponga anímicamente en contra de ese “orden establecido”.

La conducta transgresora puede ser entonces la expresión agresiva o violenta de la angustia por no encontrar la forma de canalizar su energía vital y sus deseos inconscientes. La ley es tomada entonces como un desafío. Ir en contra de la norma representa romper un tabú impuesto, implica un paso necesario en la búsqueda de independencia y autonomía.

Ahora bien, la propuesta que aquí desplegamos invita a transformar esa actitud natural transgresora convertida en acto infractor, en una experiencia educativa.

## LA RESPUESTA DEL SISTEMA PENAL TRADICIONAL

El sistema penal tradicional lamentablemente reproduce en la práctica los mismos conceptos atroces que declara combatir. Esta verdadera “maquinaria” que el Estado ha creado, mediante su accionar no solo no cumple su objetivo declarado de transformación del sujeto ofensor, sino que lo aplasta, lo condena y lo aísla, produciendo con ello daños irreparables.

A través de un verdadero proceso de estigmatización social termina impidiendo que el victimario pueda asumir positivamente sus propios actos adoptando en consecuencia una conducta superadora al hacerse responsable de sus libertades, decisiones y formas de resolver sus conflictos.

No le da espacio para que tenga la oportunidad de enmendarse y rectificar el mal causado, haciéndolo frente al sujeto que lo padeció. No ofrece un espacio propicio para restaurar su imagen como persona, evitando el etiquetamiento que el imaginario social realiza del pasaje por un proceso penal.

En el caso del sujeto joven o adolescente y en función de la etapa evolutiva por la que transita, las consecuencias de esa manipulación coercitiva y violenta por parte de la agencia judicial son mucho más nefastas.

Cuesta mucho hablar de reinserción social del ofensor cuando es el mismo sistema el que se lo impide al evitar que asuma su responsabilidad, repare el daño y modifique pautas de conducta en un compromiso hacia el futuro.

A la vez que históricamente concentró todo su interés en el victimario, en un proceso inverso el sistema fue excluyendo paulatinamente a la víctima, dando lugar a un fenómeno que fue bautizado por algunos especialistas como “expropiación penal del conflicto”. De esta manera no son contemplados sus capacidades, intereses y necesidades, dejándolos por fuera de la resolución de la controversia y con la única posibilidad de ocupar un papel secundario como denunciante y testigo. Le impide de esta manera que tenga la oportunidad para expresar pensamientos y sentimientos al victimario, de hacer oír su voz, donde no se silencie su mensaje y se reconozca como sujeto con todas sus potencialidades<sup>2</sup>.

Si bien actualmente la mayoría de las legislaciones ha incorporado normas que permiten una mayor participación de la víctima en el proceso penal, la verdad es que el protagonismo real y efectivo dista mucho de lo esperado.

Por otro lado, el sistema tradicional no contempla la participación comunitaria en la construcción de las soluciones de los conflictos penales, dejando de lado otro tipo de análisis en las conductas de los jóvenes en conflicto con la ley, como lo es la de la responsabilidad social.

Aun reconociendo que el delito no se refiere únicamente a una interrelación *víctima/victimario*, sino que comprende a un universo mucho más amplio que incluye a los núcleos familiares de ambos, sus vínculos sociales y el marco institucional en el que muchas veces están insertos, esto no se compadece con el dispositivo

---

<sup>2</sup> EIRAS NORDENSTAHL, U. (2008). ¿Dónde está la víctima? – Apuntes sobre victimología, Buenos Aires, Ed. Librería Histórica.

ofrecido para su abordaje, en el que precisamente se reduce todo a un círculo binario excluyente del que participan únicamente el imputado y el estado perseguidor y sancionador, dirimiendo su pleito en un proceso plagado de supuestos, ficciones y escenarios formales mediante la utilización de un lenguaje técnico y encriptado. En algunos casos la intervención judicial no hace más que exacerbar el grado de violencia existente o precipitar conductas aún más gravosas para las víctimas y la comunidad toda<sup>3</sup>.

Resulta a todas luces necesario entonces construir un nuevo modelo de resolución de los conflictos que ingresan a la agencia penal que como eje prioritario coloque a la víctima en una situación de protagonismo de la que antes carecía, permitiendo que junto al joven responsable del hecho, y con el acompañamiento de la comunidad, recompongan la situación sin incluir en dicho proceso la necesaria violencia que todo proceso penal implica.

## DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE MEDIACIÓN

Para referirnos a la mediación preferimos empezar hablando acerca de la Justicia Restaurativa. Como señala Zehr se trata de *“un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”*<sup>4</sup>.

Este término incluye una gran cantidad de programas y experiencias llevadas a cabo en diferentes ámbitos y con modalidades distintas, pero que comparten en esencia una mirada alternativa en el tratamiento y abordaje del delito.

Si bien parecería que recién a fines del siglo XX surgieron estas prácticas principalmente en comunidades religiosas de los Estados Unidos de América (tal el caso de los menonitas), lo cierto es que esbozos de este movimiento se pueden identificar entre los pueblos originarios de América del Norte, África y Oceanía. Tenemos entonces experiencias tales como los Programas de Reconciliación Víctima-Ofensor (VORP) en los Estados Unidos, las Conferencias Familiares en Nueva Zelanda y los Círculos de Paz en Canadá.

La mediación en el campo penal se nutre profundamente de los principios y propósitos de estas prácticas, tales como la responsabilización por los actos realizados, la reparación del daño y la participación y protagonismo de las partes y la comunidad.

---

<sup>3</sup> “Sin embargo, las conductas delictivas no se presentan de manera aislada. Deben ser pensadas a la luz de una teoría que entienda al conflicto como parte de un sistema, compuesto por multipartes y conformado por estructuras comunicacionales y tramas discursivas que hacen a singulares interrelaciones entre los participantes.” (EIRAS NORDENSTAHL, U. (2005). *Mediación Penal – de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Ed. Librería Histórica).

<sup>4</sup> ZEHR, H. (2007). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, USA. Ed. Good-books

Dentro de este marco, los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos nos demuestran la posibilidad de modificar el paradigma hasta aquí sostenido, promoviendo determinadas medidas que eviten la antigua neutralización de las víctimas y la expropiación del conflicto jurídico penal por parte del Estado.

Son salidas alternativas al procedimiento tradicional, que tienen como una de sus finalidades principales la solución reparadora.

Podríamos sintetizar los objetivos de la aplicación de la mediación penal juvenil como los siguientes:

- Búsqueda de la paz social
- Responsabilidad positiva del adolescente
- Protagonismo de la víctima
- Reparación del daño
- Participación de la familia y la comunidad

De entre los distintos modelos de mediación que se sostienen fundados en experiencias exitosas y que han originado verdaderas escuelas o corrientes teóricas, quizás el que mejor se adapte a las necesidades y características de la realidad juvenil sea el propuesto por Folder y Baruch Bush y que se conoce como mediación transformativa<sup>5</sup>.

Está basado en que la mediación es algo más que un método para lograr acuerdos que pongan fin a las controversias, sino que puede actuar como una verdadera fuerza transformadora desarrollando el potencial de cambio de las personas, quienes pueden, a través de la vivencia de un proceso de ese tipo, descubrir habilidades, ser revalorizado y reconocer al otro. Más que promover acuerdos, la clave está en mejorar las relaciones.

Es que la mediación reactiva en el individuo la capacidad del ser humano de autorregularse y autocontrolar las relaciones interpersonales que establece y que, por una multiplicidad de variables personales y contextuales, no se han puesto en marcha en esa oportunidad y requiere de la acción de los demás.

Es una forma diferente de tratamiento del problema penal, que deja un poco de lado el rol sancionador estricto del estado y contempla a los verdaderos protagonistas del mismo, quienes puedan compartir un espacio donde reflexionar, evaluar actitudes, modificar conductas y reparar los daños.

Como resultado surge un proceso de intermediación entre autor y víctima, con la participación de la comunidad en la que están insertos, ampliando así el primitivo enfoque meramente reparador llevándolo a un verdadero intento por autocomponer situaciones, revincular sujetos y restablecer la paz social. El abordaje de la conflictiva desde la perspectiva de la instrumentación de espacios destinados a la reflexión y modificación de conductas puede permitir el restablecimiento de los vínculos entre las personas que más allá de la respuesta jurisdiccional prevista por el Estado, deben seguir compartiendo el barrio, la escuela, la oficina o el club.

---

<sup>5</sup> BARUCH BUSH, R./FOLGER, J. (2006). La Promesa de la Mediación. Buenos Aires. Ed. Granica.

De esta manera, la mediación se ofrece como un verdadero puente entre la individualidad juvenil, su entorno y la autoridad judicial como órgano de control social.

No podemos dejar de señalar también que la aplicación de este tipo de dispositivos en el trabajo con jóvenes y adolescentes puede asumirse desde la perspectiva de la prevención.

Así como la pena tiende a cumplir una finalidad de prevención general, la mediación puede resultar en un modo de difundir en la comunidad una nueva manera de solucionar sus conflictos.

Debe ser resaltado el verdadero contenido pedagógico que posee todo el proceso de mediación. Por eso la importancia estratégica de su implementación en edad temprana con los niños, y si es posible ya en el ámbito escolar; ya que ella implica una instancia de aprendizaje profundo en torno a la cooperación y la comunicación que seguramente acompañará a los sujetos en sus futuras interacciones.

El permitir que las partes autocompongan sus diferencias en un espacio dispuesto a ese fin a través del diálogo, evitando la violencia y proyectando hacia el futuro implica una experiencia de vida que tiene mayores efectos que la aplicación de una sentencia o la simple formalización de un convenio. En el caso de que la misma resulte efectiva, puede modificar posiciones y actitudes en los participantes, en vistas a una nueva manera de enfrentar los problemas, nuevos métodos para relacionarse con el otro, y una revalorización de la palabra y el discurso como herramientas básicas para la convivencia.

O sea, es el mismo hecho de haber participado en un proceso de mediación el que ejerce este efecto didáctico, aun en el caso de no arribarse a un acuerdo, circunstancia esta que casi queda relegada a un segundo plano.

*“En esa dinámica comunicacional entre el adolescente y la ley, entre el adolescente y su familia, entre el adolescente y la víctima y los otros participantes que él elija para dialogar, estará la posibilidad de alcanzar el conocimiento-reconocimiento y el ejercicio de la función paterna que lo fortalecerá en su ser sujeto de sus propios deseos, y de incorporarse por adhesión –no por imposición– a la convivencia con los otros sujetos, con la comunidad, solidariamente”<sup>6</sup>.*

## MODELO PARA ARMAR

En el mundo existen varios ejemplos de trabajo con jóvenes en conflicto con la ley desde la óptica señalada. Quizás entre los países de habla hispana el más conocido sea el que desde hace una década se viene desarrollando en Cataluña, España.

Allí la propia Ley Orgánica 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, establece que *“En atención a la naturaleza de los hechos, el juez de menores, de oficio o a la instancia del Ministerio Fiscal o del abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por un tiempo determinado y máximo*

---

<sup>6</sup> VEZZULLA, J. C.: *op. cit.*

*de dos años, siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial".* De esta forma se organizó un modelo de mediación-reparación que contiene en esencia los principios y objetivos que hemos mencionado.

En la Argentina, quizás la experiencia que más se haya sostenido en el tiempo y que mayores resultados puede exhibir sea la llevada a cabo en Neuquén. A través de un convenio entre la Fiscalía de Delito Juvenil de Neuquén y la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Ejecutivo se originó el Programa de Mediación Penal Juvenil.

El marco legal está dado por la Ley 2.302 de Protección Integral del Niño y el Adolescente, que en su art. 64 estipula que *"... Tanto si la denuncia ha sido interpuesta ante la policía como ante el fiscal, este último, sin perjuicio de la investigación que sea necesaria en cada supuesto, podrá promover la acción penal o solicitar el archivo de las actuaciones. ... La solicitud de archivo tomará en consideración las circunstancias que se vinculen con la gravedad del hecho, la forma y grado de participación, la reparación del daño causado en la medida de lo posible o el compromiso de reparación asumido por el niño o sus padres, las consecuencias del hecho, el contexto familiar y social de aquel, y el pronóstico sobre el logro de los objetivos de mantenimiento o fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.*

Podrá tomarse en cuenta el resultado favorable de una mediación, en virtud de la cual se haya logrado una composición del conflicto. En todos los casos el archivo deberá fundarse en el interés superior del niño".

Como toda innovación que se pretenda adoptar, siempre es bueno mirar hacia otras experiencias, ya que el bagaje acumulado puede resultar de utilidad. No obstante, el modelo que en definitiva mejor se adecua generalmente es aquel que se construye teniendo en cuenta las finalidades y objetivos buscados, los recursos con que se cuenta, el marco cultural y la idiosincrasia de la comunidad hacia el que va dirigido, las capacidades y posibilidades personales de los operadores, y la realidad sociopolítica y económica.

Sin embargo, y con respecto a programas de mediación penal juvenil, podemos indicar, en algunas líneas, aspectos que en función de nuestro trabajo en todos estos años deberían ser tenidos en cuenta.

Estas pautas, construidas en lo cotidiano a través del trabajo de diez años con adultos en el Ministerio Público del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires; y más cercano en el tiempo, con jóvenes y adolescentes en causas derivadas de un Juzgado de Familia en Río Grande, provincia de Tierra del Fuego, no pretenden ser un catecismo, sino solo una propuesta metodológica basada en la experiencia.

Son cuestiones procedimentales que tienen como finalidad permitir un trabajo serio y a conciencia por parte de los mediadores, evitar la estigmatización del joven y la revictimización del ofendido o damnificado, y posibilitar una mayor y más activa participación de padres y comunidad en su conjunto en la resolución del conflicto.

En primer lugar, y una vez derivado un caso al servicio de mediación, el mediador tendrá como objetivo la valoración de la viabilidad del caso. Para ello deberá conocer si existen las condiciones necesarias para iniciar un proceso de mediación

y reparación. La herramienta más apropiada para ello es la entrevista, medio para valorar la visión de las partes del conflicto.

Por ello se recomienda que se realicen entrevistas personales con todos los protagonistas y afectados por la controversia.

Con respecto al joven o adolescente, es preferible que concorra junto a sus padres o mayores de confianza, y servirá ese momento para informar sobre el significado del programa de mediación y reparación y el rol del mediador, y también para conocer su actitud en relación con los hechos, cómo los sitúa y qué nivel de responsabilidad está dispuesto a asumir.

Como resultado de esta entrevista evaluaremos el deseo manifestado de encontrarse con la víctima, su capacidad para hablar y habilidad para escuchar.

La circunstancia de que sea con el joven la primera entrevista tiene como fundamento el evitar que en caso de que en principio se converse con la víctima y esta acepte participar en el proceso, la negativa posterior del imputado pueda significar un episodio de revictimización para aquella.

Además, el hecho de que no venga solo sino junto a sus padres o círculo familiar de contención permitirá el involucramiento de estos tanto el proceso como en el resultado, a la vez que puede servir para que se genere un nuevo espacio de confianza y diálogo entre los mismos.

El paso siguiente será la entrevista con la víctima, a quien también se le ofrecerá la posibilidad de concurrir acompañada si así lo prefiere.

Una adecuada escucha favorecerá la comprensión de la dimensión global del conflicto. También se evaluará su disposición para encontrarse con el joven, su voluntad de participación en un proceso de mediación, y su capacidad de aportar alternativas y propuestas para superar la controversia.

En cuanto a ambos, las entrevistas preliminares servirán para que el mediador pueda detectar dificultades en la comunicación, la capacidad para hablar y escuchar, la necesidad de convocar a terceros, como así también la generación de confianza y la ausencia de cualquier tipo de impedimento (legal, material, personal). Servirán en definitiva, como preparación para la reunión en conjunto entre víctima y victimario.

Una vez realizadas las entrevistas, y con la anuencia de todos los participantes, se convocará a un primer encuentro. Para ello preguntará a las partes dónde se encontrarían más a gusto, qué día es el más conveniente, el mejor horario y a qué personas creen importante o necesario también invitar. Para el mismo cuidará el mediador de todos los detalles que puedan colaborar y propiciar al diálogo, a través de un espacio cómodo y un clima agradable y neutro.

Resulta prácticamente imposible establecer de antemano y con toda certeza el curso de las reuniones conjuntas. El encuentro como acontecimiento propio del ser humano resulta de por sí impredecible. Por lo tanto, cómo se recibirán, de qué manera será el saludo, de qué temas querrán hablar y cuales preferirán callar ...

Siempre que nos preguntan al respecto traemos al recuerdo la secuencia de la película *"Forrest Gump"* en la que el protagonista (caracterizado por Tom Hanks) en una parada de autobús y luego de convidar a una mujer con un bombón reflexiona que *"la vida es como una caja de bombones, nunca sabemos cuál nos tocará en*

*suerte*". Algo así es el encuentro en la mediación. El mediador construye sus hipótesis, proyecta su trabajo, imagina un escenario y esboza un temario, establece pautas junto a las partes, pero una vez abierta la puerta de la sala lo que ocurre pasa a ser fruto del devenir, de la imprevisibilidad, la naturalidad y la espontaneidad creativa de los participantes.

Sin embargo es dable que algunas de las siguientes situaciones ocurran:

- La reelaboración por parte de la víctima de la violencia o daño sufridos
- La reconstrucción por parte del joven de la situación
- El análisis de las consecuencias y repercusión de los actos
- La responsabilización por parte del autor de sus actos
- Las fórmulas de reparación del daño y restauración de la ofensa
- Los compromisos de conductas para mejorar la relación o evitar situaciones similares en el futuro

No vamos a detenernos aquí en las distintas posibilidades, ya que todo dependerá entre otras cosas de los objetivos del programa en ejecución, del caso en abordaje, y de la voluntad, apertura y compromiso de participación de las partes.

Tampoco haremos mención acerca de todas las herramientas, tanto procedimentales como comunicacionales de que se pueden valer los mediadores para cada una de las situaciones alternativas (desequilibrio de poder, dificultades de comunicación, vulnerabilidad, etc.).

La construcción de un acuerdo, en aquellos casos en que ese sea el resultado, implicará para el mediador continuar con su tarea de coordinación ya que ese momento es trascendental para las partes.

La elaboración y redacción del mismo deberá mantener un vocabulario claro y específico, en lo posible cercano al lenguaje coloquial antes que al jurídico-administrativo, cotejado permanentemente para evitar confusiones o malentendidos. No debe culpar, tiene que ser eficaz, o sea, bastarse a sí mismo, a la vez que realista y ejecutable. Sería importante que de su texto y su espíritu surja un cierto equilibrio aun cuando los compromisos que se asuman resulten mayoritariamente a cargo de una de las partes (Ejemplo: si alguien se compromete a pagar algo, el otro se compromete a extender un recibo; si alguien pide disculpas, el otro las acepta, etc.).

Mencionamos a continuación una serie de cláusulas que pueden formar parte de los acuerdos que se cristalicen luego de un proceso de mediación:

- Pedido de disculpas y aceptación
- Entrega de cosas
- Restitución monetaria
- Prestación de trabajo para la víctima
- Servicio comunitario que sea significativo para la víctima y/o el ofensor
- Compromiso de evitar conductas
- No contacto entre las partes
- Compromiso de efectuar algún tratamiento
- Pautas por incumplimiento
- Pautas de seguimiento

Tanto para los encuentros como para este último punto que señalamos, y que se relaciona con la posibilidad de acompañar a las partes en la concreción de aquello a lo que se han comprometido, máxime cuando se refieren a conductas que se mantienen en el tiempo, es que pasan a tener protagonismo otras instituciones tanto públicas como privadas, u otros miembros de la comunidad que puedan tener interés en la resolución del conflicto.

Teniendo en cuenta el tipo de cláusulas que fijen los convenios será importante la participación de las mismas: un tratamiento terapéutico, una tarea comunitaria, la asistencia a algún programa pedagógico, etc. Así, la solicitud de una entrevista de admisión, el pedido de un diagnóstico, o por otro lado la devolución del profesional interviniente o el informe de la institución beneficiaria del trabajo servirán para efectuar un efectivo seguimiento de lo pactado.

Deviene aquí importante el trabajo en la modalidad de red. Los Centros de Mediación deben propender a la construcción de redes institucionales que permitan un intercambio colectivo del flujo de la comunicación, de los bienes y recursos, como así también de las relaciones entre personas<sup>7</sup>.

En lo que respecta específicamente a la capacitación de aquellos que formen parte de los equipos de mediación penal juvenil, entendemos que no podrán obviarse los siguientes conocimientos y capacidades:

- Formación en Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos
- Habilidad para el trabajo comunicacional
- Conocimientos sobre derecho penal
- Conocimientos sobre victimología
- Conocimientos sobre características psicosociales de jóvenes y adolescentes
- Capacidad para manejarse con el dolor
- Manejo del estrés postraumático
- Capacidad para el trabajo interdisciplinario y en equipo

## BIBLIOGRAFÍA

BARUCH BUSH, R./FOLGER, J. (2006). *La Promesa de la Mediación*. Buenos Aires. Ed. Granica

EIRAS NORDENSTAHL, U. (2008). *¿Dónde está la víctima? - Apuntes sobre victimología*, Buenos Aires, Ed. Librería Histórica.

EIRAS NORDENSTAHL, U. (2005). *Mediación Penal - de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Ed. Librería Histórica.

KLEFBECK, J. *Los conceptos de perspectiva de red y los métodos de abordaje en red*.

---

<sup>7</sup> KLEFBECK, J. *Los conceptos de perspectiva de red y los métodos de abordaje en red*. En DABAS, E. – NAJMANOVICH, D. (compiladoras). *Redes. El lenguaje de los vínculos. Hacia la reconstrucción y el fortalecimiento de la sociedad civil*. (2002). Buenos Aires. Ed, Paidós.

En DABAS, E. - NAJMANOVICH, D. (compiladoras). Redes. El lenguaje de los vínculos. Hacia la reconstrucción y el fortalecimiento de la sociedad civil. (2002). Buenos Aires. Ed. Paidós.

VEZZULLA, J. C. (2005). La mediación de conflictos con adolescentes autores de acto infractor, México, Ed. Universidad de Sonora.

ZEHR, H. (2007). El pequeño libro de la justicia restaurativa, USA. Ed. Good-books.

# Mediación Intrajudicial en la Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas y Adolescentes en Venezuela

Court-Connected Family Mediation in the Organic Law For the Protection of Children and Adolescents in Venezuela

Irma Isabel Lovera de Sola\*

La Constitución venezolana aprobada por referéndum popular el 15 de diciembre de 1999, dio un vuelco total a la concepción de lo que es la administración de justicia. Hasta 1998 la administración de justicia había sido un monopolio del Estado que solo excepcionalmente y mediante procedimientos engorrosos y formalistas podía pasar a manos de los particulares, y como ejemplo tenemos el entonces inusual procedimiento de arbitraje previsto en el Código de Procedimiento Civil, lleno de incidencias, intervenciones del Poder Judicial y recursos judiciales contra sus laudos.

Se ha invertido esa facultad de administrar justicia, que estuvo en cabeza de pocos personajes investidos de autoridad por el Estado, ahora la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considera que la administración de justicia está primaria y originariamente en manos del pueblo y así lo señala su Artículo 253:

*“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos”.*

Así queda desmentida la aseveración usual de que los medios alternativos de resolución de conflictos están en nuestro Sistema de Justicia porque son mencionados y promovidos por el artículo 258 de la Constitución, no, esos medios alternativos han adquirido validez y vigencia en nuestro país porque la Constitución puso en manos del pueblo, en cabeza de los ciudadanos, de cada uno de ellos, la administración de Justicia que por delegación ejerce el Estado a través de su organización denominada Sistema de Justicia, que incluye al propio Poder Judicial, a la Justicia de Paz y a los medios alternativos, a los auxiliares de Justicia y entre ellos los abogados, los expertos, los asesores en diversas especialidades, contadores, auditores y en fin todos esos actores que son llamados a colaborar con la Justicia, que no solamente son los tribunales.

---

\* Abogada, Mediadora y Arbitra. Profesora Asistente de la Universidad. Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Correo: irmalovera@gmail.com.

La administración de Justicia es de los ciudadanos, nosotros mismos entre nosotros nos administramos Justicia, mediante la negociación, la conciliación, la mediación, el arbitraje, la Justicia de Paz, y eventualmente, si queremos, si lo decidimos, digámoslo claramente, si nos da la gana, acudimos al Poder Judicial para que resuelva lo que no hemos podido hacer por otros medios que están en nuestras manos y bajo nuestro total control y de los que somos protagonistas.

Podemos ir aún más lejos, somos nosotros los ciudadanos quienes conferimos JURISDICCIÓN (el poder de decir el Derecho), al Poder Judicial, los jueces no la tienen per se, se las damos nosotros al acudir a ellos, incluso en los asuntos que hemos llamado de Orden Público, ya que quienes tenemos el poder originario para establecer qué es y que no de Orden Público, somos nosotros los ciudadanos y en virtud de ese poder, decidimos qué asuntos están dentro del ámbito de la potestad decisora de los jueces y cuáles son parte de nuestro territorio jurisdiccional y los podemos dilucidar nosotros mismos con el auxilio de uno cualquiera de esos medios alternativos que la Constitución ahora menciona y hasta señala la obligación de promover.

El art. 253 crea el Sistema de Justicia y el 258 obliga al Poder Legislativo tanto nacional como municipal, y también a la Administración Pública en función normativa, a promover medios alternativos de resolución de conflictos, y menciona en su primera parte a la Justicia de Paz y en su único aparte, específicamente al arbitraje, la mediación, la conciliación y cualquiera otros; así pues queda claramente determinado que estos no son los únicos sino que se puede ser todo lo creativo que sea posible e implementar y promover otros medios, como de hecho así ha sido al crearse, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo concebida como puente entre la población y la administración, para que coadyuve, e incluso represente a los ciudadanos en el resguardo de sus derechos humanos consagrados, implícita o explícitamente, en la Constitución.

Podemos considerar que el aparte único del artículo 258 da plataforma jurídica a la Mediación Familiar, intra y extrajudicial.

Además de que el pueblo es el dueño de la Justicia, como lo predica la Constitución, también se ha optado por recurrir a medios no estatales que garanticen el acceso a soluciones confiables, realistas y eficaces desde los conflictos entre las grandes empresas hasta las pequeñas molestias que se suscitan en el ambiente comunitario, y las crisis familiares, debido a la ineficacia demostrada por el Poder Judicial para atender las legítimas demandas de los ciudadanos y por las inadecuadas e insatisfactorias soluciones adjudicativas que otorga el Poder Judicial.

En particular en el ámbito familiar, se ha reconocido que los tribunales no resuelven los conflictos, además de retardar las decisiones al punto que cuando son dictadas ya no sirven, la realidad a la que se pretenden aplicar ha cambiado, bien porque la problemática familiar evoluciona cada día y la solución es para una situación estática que probablemente para el momento en que se dicta la sentencia ya no existe, sino también porque aunque fueran oportunas, su ejecución genera nuevos problemas que dejan siempre insatisfechos a los destinatarios.

Por otra parte se han podido observar los beneficios que genera la Mediación Familiar, su adecuación a las situaciones complejas, difíciles y delicadas en las familias, y se ha optado por traerla al procedimiento judicial para que irradie a ese rígi-

do y obsoleto procedimiento, sus beneficios de flexibilidad, escucha, participación, confidencialidad, equilibrio, creatividad y realismo en las soluciones que permiten que se superen los nudos de las frágiles y a la vez fuertes relaciones familiares, y se mantengan los lazos, los vínculos, los afectos.

## LA MEDIACIÓN EN LA LOPNNA<sup>1</sup>

La LOPNNA contempla al menos dos medios alternos de resolución de conflictos, la CONCILIACIÓN y LA MEDIACIÓN. En el espacio administrativo instaura la CONCILIACIÓN y por ello es conveniente señalar en este punto inicial, el concepto general de lo que es una **conciliación** en su sentido tradicional y amplio, que diferenciaré más adelante del concepto de mediación:

**Es el llamado de un tercero, generalmente con autoridad, ascendiente o poder sobre las partes, a que armonicen sus intereses en la búsqueda de un acuerdo.**

Es conveniente señalar que aunque en nuestra lengua conciliar es una palabra polivalente o multisignificante, ya que no solamente designa a ese medio alternativo que es la conciliación y que quedó definido anteriormente, sino que también es la acción misma de conciliar intereses, gustos, necesidades y opiniones, lo cual permite su utilización de la palabra en el ámbito de la mediación, que tiene por objetivo deseable el acuerdo, que visto de manera sencilla es la conciliación de posiciones e intereses de las partes realizado por ellas mismas y no por el tercero que de forma imparcial, solamente los ayuda en la comunicación de sus inquietudes.

En mi opinión, tanto normas de la LOPNNA que mencionan la conciliación como las que indican a la mediación como forma de armonización de divergencias entre partes, pueden ser interpretadas de manera flexible y puede ser instaurado un proceso de mediación aunque la ley lo denomine conciliación. No hay regulación que lo prohíba y por el contrario la ley favorece este tipo de medio de solventar diferencias tanto en los niveles administrativos como en los judiciales.

La LOPNNA contiene múltiples normas que tratan en forma explícita o implícita sobre la mediación, una de las primeras que observamos al leer su articulado es la prevista en el 308, que aunque se refiere al procedimiento conciliatorio ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes, desde nuestra perspectiva, si bien se puede instaurar un proceso conciliatorio, nada obsta para que ese proceso sea de mediación, ya que previamente debe verificarse que la materia sobre la cual versará es disponible, conciliable, transable y por tanto mediable, y el resto de las previsiones legales de protección, también permiten suponer que un procedimiento de mediación será bienvenido porque se podrá instaurar con o sin los abogados, con participación protagónica de los interesados, y los niños deberán ser oídos.

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Gaceta Oficial 10 de diciembre de 2007, N° 5.859 extraordinario).

Así pues, aunque no se denomina a ese proceso como mediación, sino conciliación en este punto de la legislación de protección, y estos dos institutos, la conciliación y la mediación son diferentes, bien puede realizarse una mediación, lo cual dependerá de que quien conduzca el proceso sepa hacerlo, tenga las herramientas adecuadas y la capacitación como mediador para que el mismo sea fiel a su naturaleza e incluso sea exitoso.

Podríamos dudar de esta afirmación en el sentido de cuán legítimo sería que un integrante de una Defensoría, intentara realizar una mediación en vez de una conciliación. Mi respuesta es que en los asuntos que se plantean ante las Defensorías están dadas todas las condiciones para instaurar un proceso de mediación, ya que por un lado la Defensoría no es un organismo de carácter receptor de denuncias ni tiene atribuciones para imponer sanciones, sino que es un ente administrativo de carácter orientador y protector, tal como se evidencia de los artículos 201 y siguientes que fijan sus elementos, atribuciones y características, y por otra parte es justamente un Defensor (no una autoridad con carácter coercitivo) quien es el llamado a mediar.

## LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL DE LA LOPNNA

Se ha establecido la mediación como un instrumento de solución de un conflicto que ha sido planteado para su decisión judicial.

El legislador decidió introducir una variante, una "*desviación*" del clásico proceso judicial para darle cabida a un mecanismo típicamente no judicial de solución de controversias.

Para que el Juez tenga jurisdicción (no competencia, jurisdicción), es decir, la facultad de tomar decisiones con peso ejecutivo y valor de cosa juzgada, es necesario que previamente sucedan dos cosas:

1º) **Que fracasen los mecanismos normales** con que cuenta toda familia para resolver sus conflictos. Esto presupone que todo grupo familiar tiene una forma, un estilo, unos mecanismos que le permiten solventar las diferencias de opinión que normalmente surgen en su seno y que por algún motivo dejan de funcionar, puede ser por la ruptura de la relación de pareja, por la separación de hecho, por haber sucedido algo tan grave que ha roto la comunicación entre los miembros de esa familia, por una crisis emocional profunda, por un descalabro económico, por un vicio de alguno de los integrantes de la familia (alcoholismo, drogadicción, tabaquismo, ludopatía, etc.). Es decir un presupuesto fáctico para que un miembro de la familia acuda al Juez es que no estén operando normalmente las fórmulas familiares usuales de solventar las diferencias.

El segundo presupuesto es:

2º) **Que se intenten otros mecanismos no judiciales de arreglo** de las diferencias, como consultar a otros miembros de la familia extendida con cierta autoridad o ascendiente que pudieran fungir de conciliadores o a un mediador, que en el presen-

te en Venezuela, que aún la mediación familiar no se ha difundido como un manto de nueva cultura para la paz familiar, no sucedería, pero sí consultarían un abogado, que podría actuar como conciliador o por el contrario atizar la llama del conflicto pensando en su beneficio profesional y económico y que tampoco estas vías tengan éxito.

Aún después de estos dos intentos, el primero, solucionar el asunto con los mecanismos familiares habituales que a veces se utilizan sin siquiera tener plena conciencia de que son vías de solución válidas y habituales, y luego, la consulta a otros personajes de la propia familia o externos, pero cercanos, si aún persiste el deseo de encontrar solución, es entonces, sucedidos estos dos eventos, es decir que fracasen los mecanismos intrafamiliares de solución y también los extrafamiliares (familia extendida y otros personajes relacionados con esa familia), cuando los integrantes de la familia convertidos en partes de un litigio acuden a un juez e interponen una demanda que enciende el camino del proceso judicial y con él confiere jurisdicción al juez.

Qué significa en resumen esta afirmación, que considero que los jueces de familia y de protección no tienen capacidad de intervención en los conflictos familiares hasta tanto alguno de los miembros de la familia le plantea el problema y le confiere la facultad de intervenir y en consecuencia de tomar decisión.

En otras palabras, el juez de familia o de protección es incompetente hasta tanto la familia le plantea el conflicto y le pide que tome una decisión.

La obvia excepción a esta incompetencia del Poder Judicial para intervenir *motu proprio* se produce cuando se incumple la protección debida o se vulneran derechos de niños, niñas y adolescentes, pero esto no es lo más frecuente, lo más frecuente es que surjan desencuentros de diversa índole dentro de la familia y que la propia familia por la inercia que traen de años resolviendo sus propios asuntos, traten de resolverlos, y cuando no lo logran recurran a terceros cercanos y solo en situaciones extremas, acudan al juez y le confieran capacidad de decisión.

Avalo mis afirmaciones con varias citas textuales de algunos artículos de la LOPNNA:

*Artículo 349 Titularidad y ejercicio de la Patria Potestad. La Patria Potestad sobre los hijos e hijas comunes habidos durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, corresponde al padre y a la madre y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos e hijas. En caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos e hijas, el padre y la madre deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese dudas sobre su existencia, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 177 de esta Ley.*

*Artículo 351 Medidas en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio. En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, el juez o jueza debe dictar las medidas provisionales, en lo referente a la Patria Potestad y a su contenido, particularmente en lo que concierne a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención*

que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente. **En todo aquello que proceda, el juez o jueza debe tener en cuenta lo acordado por las partes.**

**Artículo 360 Medidas sobre Responsabilidad de Crianza en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o residencias separadas.** En los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio o si el padre o la madre tienen residencias separadas, estos decidirán de común acuerdo quien ejercerá la Custodia de sus hijos o hijas, oyendo previamente su opinión. **De no existir acuerdo entre el padre y la madre** respecto a cuál de los dos ejercerá la Custodia, el juez o jueza determinará a cuál de ellos corresponde.

**Artículo 372 Prorrateo del monto de la obligación** El monto de la Obligación de Manutención puede ser prorrateado entre quienes deben cumplirla, cuando estos se encuentran materialmente impedidos de hacerlo en forma singular. En este caso, los **obligados y obligadas pueden acordar el prorrateo mediante conciliación**, que debe hacerse del conocimiento del juez o jueza, al cual corresponde homologarla. De no existir acuerdo en cuanto al prorrateo, corresponde al juez o jueza establecer la proporción en que debe contribuir cada obligado u obligada.

**Artículo 375 Convenimiento** El monto a pagar por concepto de la Obligación de Manutención, así como la forma y oportunidad de pago pueden ser convenidos entre el obligado u obligada y el solicitante o la solicitante.

**Artículo 387 Fijación del Régimen de Convivencia Familiar** El Régimen de Convivencia Familiar debe ser convenido de mutuo acuerdo entre el padre y la madre, oyendo al hijo o hija. **De no lograrse dicho acuerdo** cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescentes podrá solicitar al juez o jueza que fije el Régimen de Convivencia Familiar, quien decidirá atendiendo al interés superior de los hijos e hijas.

**Artículo 393 Intervención judicial** En caso que la persona o personas a quienes corresponda otorgar el consentimiento para viajar **se negare a darlo o hubiere desacuerdo para su otorgamiento**, el padre o madre que autorice el viaje, o el hijo o hija si es adolescente, **puede acudir ante el juez o jueza** y exponerle la situación, a fin de que este decida lo que convenga a su interés superior.

Todas estas normas transcritas presuponen la existencia de mecanismos familiares para resolver desavenencias y presumen que solo en las ocasiones en que esos recursos no funcionan, la familia acudirá al Juez. Justamente en el momento de la constatación de la inoperancia del mecanismo intrafamiliar de solución y antes de activar el recurso judicial, puede la mediación familiar socorrer a ese grupo familiar y brindarle sus beneficios, con la venia implícita o explícita de la ley, como hemos reseñado en las normas mencionadas.

¿Que hizo el legislador ante una realidad como esta?

Intentó emular los mecanismos normales a los que recurre una familia para solventar sus diferencias, es decir, designó a un **Juez Mediador y Sustanciador**.

Para salvar el escollo de la objeción siempre presente de que el Juez no debe ser a la vez quien media y quien juzga, el legislador nacional crea la duplicidad de

los jueces, y divide las funciones judiciales en dos etapas, una preliminar con un Juez que no juzga, solamente tiene como atribución mediar y tramitar, y otro Juez que sí juzga, es quien sentencia, y así está contemplado en el Artículo 175 con la denominación de **Jueces de Mediación y sustanciación**.

Aunque es indispensable señalar que por imperativo del Artículo 450 de la LOPNNA, los medios alternativos de resolución de conflictos deben ser aplicados y promovidos *“a lo largo del proceso”* judicial y por lo tanto la mediación intrajudicial no es exclusividad del Juez de Mediación y Sustanciación sino de los dos jueces encargados de tramitar el procedimiento judicial en toda su extensión, sin embargo, el señalamiento legal de una oportunidad específica para dar inicio al procedimiento de mediación permite afirmar que es ese Juez de Mediación y Sustanciación que da admisión a la demanda judicial, el encargado de evaluar la conveniencia y legalidad de la mediación y aplicarla como primera opción de solución del conflicto familiar.

Ahora bien, el proceso judicial uniforme de la LOPNNA que está contemplado fundamentalmente para solicitudes de Régimen de Convivencia Familiar, Responsabilidad de Crianza, Contacto directo o convivencia familiar y Obligación de Manutención, contempla **tres etapas** claramente diferenciadas que son:

**Audiencia preliminar**, a su vez dividida en

Etapa de Mediación

Etapa de Sustanciación (incluye saneamiento del proceso)

**Audiencia de juicio**, que consiste en la

Exposición de las partes y

Evacuación de las pruebas.

**Etapas de sentencia.**

Este esquema de procedimiento judicial tiene su origen en el Código Procesal Civil Uniforme para Iberoamérica, que a su vez ha servido de base al también reciente procedimiento laboral venezolano.

La **Audiencia preliminar en su etapa inicial** que justamente se produce una vez notificada la parte demandada y fijada la primera comparecencia personal de las partes es la que nos atañe para nuestro estudio de la mediación intrajudicial.

## FASES DE MEDIACIÓN

Art. 458 y el 467, establecen que una vez notificada la parte demandada, debe iniciarse la fase de mediación.

Este período del proceso es **privado** y con la **presencia personal obligatoria** de las partes, en particular en lo atinente a:

- Responsabilidad de crianza
- Obligación de manutención y
- Régimen de Convivencia Familiar

tán seguros de estar dispuestos a cumplirlo, porque no están convencidos de que salió de su libre iniciativa; en estos casos se suscriben acuerdos, pero no son de calidad, es decir, al no ser legítimamente surgidos de la voluntad de las partes, será fácil que lo incumplan, porque no se sienten comprometidos, lo cual no sucede cuando quien suscribe un acuerdo lo percibe como propio, como surgido de sus verdaderas necesidades y sentimientos.

4. Equidistancia funcional. Cuando comenzó a conocerse la Mediación, se hablaba de la neutralidad e imparcialidad del Mediador, pero estos conceptos son abstractos y pretendidamente previos al inicio del proceso de Mediación, lo cual los hace impracticables. Se pretendía que el Mediador fuera neutro ante cualquier prejuicio, opinión o sentimiento. En realidad es al Juez a quien corresponde ser imparcial, y no al Mediador. Tampoco esto quiere decir que el Mediador sea parcial o favorezca la posición de alguno de los intervinientes, sino que no se refleja en el concepto de imparcialidad su verdadero papel. En este particular es de rigor señalar que el Mediador no es transparente, el Mediador no carece de opiniones, sentimientos y emociones, es decir, no es un *extraterrestre* que se presenta como el personaje mágico que soluciona todos los problemas, no, el Mediador es una persona normal, profesionalmente formada y por tanto con ciertas herramientas que le permiten desempeñar su papel, pero no es neutro, sino que mantiene una distancia necesaria y suficiente del conflicto mismo y de cada uno de los intervinientes, para poder hacer su labor que involucra el ganar la confianza de los participantes en el sentido de que no favorecerá a ninguno de ellos en el proceso ni inclinará las posibles soluciones para beneficiar a uno de los mediados, así como tampoco permitirá el desequilibrio en el proceso mismo, en beneficio de ninguno de ellos. La equidistancia es un equilibrio que se construye en el proceso mismo de la Mediación y que el Mediador, con los instrumentos aprendidos en su formación profesional y en la práctica, va delicadamente edificando en beneficio del proceso mismo y de los mediados, y también de la posibilidad de un acuerdo sano y legítimo entre los mediados.
5. Sin sujeción a autoridad alguna. El Mediador no debe estar sujeto a ninguna autoridad diferente de su propia conciencia, a ninguna normativa gremial o institucional, diversa de la ley misma y el interés superior del niño en caso que hubiera algún menor involucrado en el conflicto que se intenta resolver. Ni siquiera el Juez de la causa que le haya remitido el caso puede condicionar la actuación del Mediador. El Mediador ha de ser y sentirse libre en el desempeño de su tarea, sin más atadura que su profesionalismo y su ética.
6. Apropiarse activamente del conflicto. El Mediador debe transitar el sendero del reforzamiento del protagonismo de las partes, es decir, que ellos se conviertan en los actores de la solución a su crisis. El Mediador debe ayudar a los mediados a percibir que la solución de su crisis o conflicto, se encuentra en sus propias manos y solamente en sus manos, es decir, ellos deben "*apropiarse del conflicto*" para poder resolverlo, sentirse los actores, y no entregar su causa a un tercero (que podría ser el Juez, el psicólogo o el Mediador) para que le den la solución. Entre los Mediadores argentinos se utiliza la expresión inglesa

*"empowerment"*, es decir, tomar el poder, agarrar las riendas de su propio problema, sentirse capaces de hacerlo, y formular aportes para resolverlo. Al Mediador no le corresponde dar soluciones, sugerir salidas a la crisis, le incumbe guiar a los mediados para que ellos mismos encuentren su acuerdo a la medida de su muy particular realidad.

7. Soluciones que regulen o resuelvan. Esta expresión llama la atención porque todos en nuestras vidas deseamos soluciones, pero sabemos que eso no siempre es posible, ya que hay situaciones tan conflictivas, tan cambiantes, que no permiten fórmulas definitivas, sino unas normas de convivencia o de regulación del conflicto, que al bajar la tensión, quizás en un futuro permitan arribar a soluciones. El Mediador ayuda a las partes a encontrar su propia solución, si ella es posible, si no, se conformará con facilitar la comunicación entre las partes para llegar a acuerdos provisionales, a *"tareas de prueba"*, que podrían transformarse en soluciones o podrían abonar el camino a solventar la divergencia, transcurrido algún tiempo, pero mientras eso sucede, con algunas pautas de regulación de la conducta de los mediados se podrán afrontar con mayor posibilidad de éxito futuro, el diseño de soluciones y si esto no es posible, también la regulación de un conflicto es un avance positivo que aporta una forma de encarar la crisis y da pautas de comportamiento útiles y practicables, refresca el complicado camino a la concordia familiar.
8. Satisfactoriamente para ambas partes. Las soluciones o regulaciones del conflicto, deben ser lo más cercanas a lo satisfactorio para ambas partes, aunque ambas deben estar conscientes de que ellas mismas deben *"fabricar"* sus soluciones y que ambas deberán ceder si sus aspiraciones iniciales eran muy exigentes o reflejaban posiciones muy extremas. Deben llegar a un acuerdo practicable, sensato, realista, para esa familia en particular, para ese conflicto diferente al de cualquiera otra persona y familia.

La mediación tiene dos características que la diferencian sustancialmente de otras formas alternativas de resolución de conflictos y son: que está siempre **orientada hacia el futuro**, no intenta reparar el pasado, sino se centra en lo que vendrá, en la manera de regular las relaciones futuras entre los miembros de una familia, y que también en que intenta que los acuerdos se fundamenten en **soluciones prácticas, realistas**, a la medida *"pret a porter"* de la familia de la cual se trata, sin esquemas, prejuicios e ideas preconcebidas de que lo usual es tal o cual solución o que los padres deben hacer, decir o frecuentar a sus hijos con tal o cual regularidad, sino plantarse en la realidad específica y las condiciones de esa familia en particular y conseguir que sobre esa realidad se construyan logros realistas y practicables para ellos, aunque no funcionarían para otras familias.

## OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

El nuevo procedimiento judicial uniforme diseñado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en Venezuela, contempla la obligato-

riedad de la asistencia personal de las partes a las sesiones de mediación que debe realizar el juez al inicio del mismo. Esa exigencia de asistencia y las consecuencias de la inasistencia están contempladas en el artículo 472 de dicha ley que citamos a continuación:

*Artículo 472. No comparencia a la mediación de la audiencia preliminar Si la parte **demandante no comparece** personalmente o mediante apoderado o apoderada sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia preliminar se considera desistido el procedimiento, terminando el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta y debe publicarse en el mismo día. Este desistimiento extingue la instancia, pero la parte demandante no podrá volver a presentar su demanda antes que transcurra un mes. Si la parte **demandada no comparece** sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia preliminar, se presumen como ciertos hasta prueba en contrario, los hechos alegados por la parte demandante, excepto en aquellas materias en las cuales no procede la confesión ficta por su naturaleza o por previsión de la Ley, dándose por concluida la fase de mediación de la audiencia preliminar, dejando constancia de ello en un acta.*

Uno de los principios inspiradores de la mediación es la voluntariedad, y ese principio entra en frontal contradicción con el Artículo 472 de la LOPNNA que establece severas penalidades a la inasistencia de las sesiones de mediación. No es posible conciliar la voluntariedad con la sanción a la inasistencia a las sesiones de mediación judicial.

Sin embargo, en la República Argentina, que es el país de América Latina con mayor experiencia acumulada en mediación y en especial en la familiar, le han dado una solución salomónica, que consiste en exigir a demandante y demandado asistir tan solo a la primera sesión de mediación. Como ya sabemos en esta primera oportunidad el mediador ilustra a las partes sobre la mediación, sus características, ventajas, posibilidades y potencialidades y pregunta a esas personas si realmente están dispuestas a participar del proceso de mediación e intentar transitarlo de buena voluntad, cooperativamente y eventualmente arribar a un acuerdo, y en ese momento termina la asistencia obligatoria, ya que las partes están en libertad de continuar o no, sin que se produzca ninguna consecuencia negativa para ellas y ninguna sanción. Este sistema se ha denominado "*de la primera audiencia*".

Podría pensarse que en Venezuela funcionaría de esta manera también, ya que la LOPNNA no especifica si las sanciones a la inasistencia de las partes se producen si dejan de asistir a la primera o a ulteriores sesiones con el juez de mediación, así que dependerá de la futura interpretación que los jueces, y posteriormente la jurisprudencia, den a este dispositivo legal, cuál será la aplicación práctica que se le dé, y de mi parte propicio la interpretación semejante a la que se le ha dado en Argentina, aunque allá la ley sí prevé explícitamente que las partes están obligadas a asistir solamente al primer encuentro, y allí, en el marco de ese inicio de la mediación tienen la libertad de decidir si continúan o no, libres de toda presión.

Pienso que si bien es cierto que una fórmula para dar a conocer la mediación es la obligatoriedad inicial de la asistencia de las partes a la apertura del proceso, ocasión en la cual el Juez tiene oportunidad de ilustrarlas sobre su concepto, proceso, conveniencia y ventajas, también es cierto que no debe perder su esencia voluntaria, lo cual se conseguiría dejando a las partes el libertad, sin presión ni sanción alguna, de elegir si realmente quieren participar o no y que así puedan manifestárselo al Juez, sin que este pueda acudir a la aplicación de sanciones para conseguir sucesivas comparecencias.

La mediación bajo presión queda desnaturalizada, ya que es crucial que los participantes se sientan libres de presión para que avancen confiadamente en la consecución de un acuerdo mutuamente provechoso que les permita mantener espontáneas relaciones familiares.

## LOS NIÑOS Y LA MEDIACIÓN

*El segundo aparte del Artículo 469 de la LOPNNA, dice textualmente:*

*“En todos los casos, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe oír la opinión del niño, niña o adolescente, pudiendo hacerlo en privado de resultar más conveniente a su situación personal y desarrollo”.*

Si bien es cierto que el niño es el sujeto, es la estrella alrededor de la cual gira todo el universo del Derecho de Niños y Adolescentes, también es cierto que una afirmación tan terminante y absoluta no es la más adecuada para todas las circunstancias que pueden presentarse en un proceso judicial en que deba tenerse en cuenta la opinión del niño.

Primero creo que hay que tener en cuenta para la toma de una decisión judicial adecuada, no es solamente la opinión del niño sobre el conflicto planteado al Juez, sino su estado anímico, sus sentimientos, sus afectos, sus miedos, el pequeño mundo que lo rodea y al cual se siente unido y forma parte de su ser, sus padres, hermanos, amigos, maestros, abuelos, primos, vecinos, cuidadores, y demás elementos que conforman su entorno particular. Y sobre todos esos asuntos debe versar la conversación entre el Juez y el niño, niña o adolescente.

Por otra parte, también es necesario considerar si es verdaderamente conveniente a la emotividad, la seguridad psicológica, la estabilidad de ese niño, que sea expuesto a una entrevista con una persona desconocida, que además tiene un definido rol de Juez y que el niño sabe que puede ser quien lo aparte de su mundo conocido, lo arranque de su escuela, sus amigos y parientes o cuidadores, con quienes él se siente a gusto o al menos es su mundo conocido donde no tiene amenazas e inseguridades ni zozobras, o donde podría sentirse maltratado pero siente afecto por quienes lo maltratan porque piensa que lo hacen por una razón que él no entiende pero existe.

Es mi opinión que no siempre es conveniente y adecuado llamar al niño para que se entreviste con el Juez, que esta situación debe evaluarse antes de exponer al

niño a situaciones en las cuales no sabe manejarse y le provocan gran ansiedad. Si la decisión del juez es contraria a sus deseos o a los de uno de sus padres, se sentirá culpable por haber dicho algo o por haber dejado de decirlo, y la tormenta familiar continuará para él.

Aclaro, no pienso que no deba llamarse al niño en ningún caso, y tampoco que deba llamárselo en todos los casos, sino que cada situación debe ser previamente evaluada de tal forma que el llamado al niño siempre traiga mayores beneficios que perjuicios para su estabilidad emocional.

## VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

Estas ventajas van desde las más evidentes, como

- la **disminución de casos** que deban ser decididos por los Jueces, puesto que aunque lleguen a los tribunales de protección, serán las partes en mediación las que resolverán su propio problema. También **ahorro de tiempo y de dinero**, para todos, jueces, partes y el Estado, hasta la excelencia de haber encontrado un método de resolución de conflictos familiares en el cual al final, si se ha llegado o no a un acuerdo, en todo caso no hay ganadores ni perdedores, puesto que
- **no es confrontacional**, no arroja un saldo de caídos y triunfadores.

Además de estas ventajas iniciales que se perciben casi de inmediato al hablar de la mediación, hay otras:

- Mantiene y a veces mejora las relaciones entre las partes, al tener que hablar, dialogar sobre su conflicto, eso permite restablecer relaciones rotas o mejorar las que han estado deterioradas.
- Baja los niveles de angustia de las partes al darles una esperanza de poder encontrar una solución por un mecanismo inesperado, novedoso y que los pone al mando de la búsqueda y el encuentro del acuerdo.
- Aumenta la creatividad en las soluciones al permitir que inventen los medios, los mecanismos, la instrumentación apropiada para ellos y no soluciones estereotipadas, estándar, para todos iguales, extrañas a su realidad particular.
- Mayor protagonismo de las partes, porque son ellas mismas quienes llevan las riendas del proceso y de la eventual solución, se "apoderan", se hace cargo de su conflicto y del desenlace positivo que pueda tener.
- Acuerdos duraderos, debido a que las partes mismas los han diseñado a su medida, y muy probablemente ellos se ocuparán de cumplirlos y de que duren en el tiempo o evolucionen y se adapten a las nuevas realidades de esa familia.
- Es pedagógica en varios sentidos: por una parte muestra a los participantes que ellos sí son capaces de resolver sus conflictos aun cuando pensaban que ya no podrían hacerlo, por otra parte ante un nuevo desencuentro futuro, antes de acudir a la vía judicial, intentarán dialogar y conseguir la terminación de la discordia, y aún más, muestra al resto de la familia que sus protagonistas

pudieron solventar un asunto muy complejo que parecía no tener solución y pensarán que otros miembros de esa misma y otras familiar cercanas también podrán hacerlo.

Muchas utilidades, ganancias y mejoras en la calidad de vida de las familias se logran con la mediación familiar y estas son solo algunas de ellas.

## **OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL EN LA LEY VENEZOLANA**

A pesar del esfuerzo de creatividad del legislador, en el sentido de intentar desarrollar un clima favorable a la mediación intrajudicial con la división de roles entre dos jueces, uno de mediación y sustanciación, un juez que no decide, que no sentencia, que no juzga, y otro de juicio, que sería quien gestiona la parte propiamente litigiosa del proceso y será quien dicta la sentencia, sin embargo muchos factores conspiran contra la mediación judicial y de esos elementos, mencionaré los más relevantes:

- a) El papel social que juega la imagen de un juez que, a pesar de llamarse de mediación y sustanciación, está investido de una autoridad que no favorece su papel como intermediario, facilitador de la comunicación, escucha de las partes, de sus problemas y sentimientos. Difícilmente el juez puede deshacerse de ese rol que social y legalmente le ha correspondido, que es el de adjudicar la razón o quitarla, la de dar o privar de libertad, la de condenar o absolver. Así pues mal puede el juez ser la figura accesible y comprensiva que se espera del mediador y facilitar una mediación.
- b) Otro factor que empaña la labor mediadora del juez es su capacidad, muchas veces ya ejercida al momento del llamado a mediación, de decretar medidas preventivas sobre los bienes y las personas de la familia, por ejemplo: embargo de salario para cumplir con una obligación de manutención, decreto de visitas supervisadas, etc. Esa capacidad coercitiva del juez, muchas veces ya aplicada para ese momento en que debería prevalecer la armonía y la imparcialidad, condiciona las actitudes de las partes al momento de dar inicio a la mediación. El Juez no puede desprenderse de su autoridad, porque parecería una farsa frente a quienes esperan de él una actitud decisiva en el conflicto que se encuentra en sus manos y por otra parte tampoco debe dejar de dictar una medida de protección cuando en conciencia cree que debe hacerlo. Es muy difícil que logre ganarse la confianza de ambas partes, quien como Juez ya ha dictado una medida preventiva que es interpretada por una de las partes como que es a su favor y por la otra en su contra. Esto contradice uno de los principios inspiradores de la mediación que es la imparcialidad y también la falta de autoridad coercitiva del mediador sobre las partes.

- c) Otro punto más en contra del rol de Juez como mediador es el cúmulo de trabajo administrativo y propiamente judicial que lo agobia y que no permite dedicarle a las mediaciones el tiempo, paciencia, persistencia y tenacidad que son requeridas por tan delicado proceso. El Juez corre el riesgo de convertir la mediación de un espacio de comprensión y escucha, en un sitio de presión y urgencia en el logro de una solución que es más para su estadística que para la verdadera superación de un conflicto familiar.
- c) También el plazo que fija la ley para desarrollar todo el proceso de mediación es de tan solo treinta días, que a primera vista pareciera un tiempo razonable, pero a quienes conocemos el funcionamiento de los tribunales, las múltiples labores que se exigen del juez y el cúmulo de casos que está obligado a atender, podemos decir que es un plazo corto, que si bien no es sano alargar indefinidamente estos procesos, tampoco es conveniente fijarles rígidamente un término de expiración. Pensemos en lo que sucede en la realidad diaria de nuestros tribunales de protección comúnmente llamados tribunales de la LOPNNA, donde se fija una hora determinada para la comparecencia personal de las partes con o sin sus abogados ante el Juez en audiencia privada. El juez no puede hacer uso de la información que contiene el expediente para comenzar la mediación, porque en ese momento el expediente solamente contiene la demanda y las probanzas invocadas por la parte accionante, si hace uso de esa información se estará inclinando a favor del demandante que es la única versión de los hechos que conoce hasta ese momento, por lo tanto deberá obviar lo que sabe y ocuparse en primer término de informar a los participantes en qué consiste un proceso de mediación y constatar que ambos están en disposición de participar y colaborar en el mismo. Seguidamente debe escuchar a las partes en sus planteamientos, alegatos, posiciones, sentimientos y resentimientos y profundizar en la búsqueda de sus intereses que son los que le permitirán tender los puentes necesarios para que las personas se comuniquen, se expresen y una vez transitado todo el sendero de la acumulación de información, comenzar a sondear las posibilidades de opciones de solución, adaptadas a esas personas y a esa familia en particular. Este es un largo proceso, lleno de avances y retrocesos, reclamos mutuos, quejas, discusiones que no conviene acallar, reproches, preocupaciones, sufrimientos, temores, alegrías, desencuentros. Esto no se logra en unas pocas horas de conversación tensa bajo la presión de las obligaciones del juez y de las exigencias del cargo.
- d) Cuán difícil es decirles a unas personas que han sido citadas a un juicio, que se les ha fijado un día y una hora para ir a hablar con el Juez, que ellos están allí **voluntariamente**, cuando en realidad han ido por la importancia y trascendencia que para ellos tiene el tema demandado y porque así han sido instados por una comunicación que les ha mandado el Juez, por un sentido del deber y el temor a las consecuencias, y, por si fuera poco, han ido porque saben que su inasistencia tiene consecuencias legales en su contra de las que han sido advertidos.
- e) En este ambiente de total confusión y contradicción entre la necesaria y fundamental **voluntariedad y la obligatoriedad** legal de asistir, pasa a ser casi

imposible que los otros principios inspiradores de la mediación tengan alguna vigencia en ese proceso; así por ejemplo, la confidencialidad, ¿cómo podemos pensar que alguien va a creer que lo que diga al Juez en esos momentos de debilidad, de rabia, de inquietud, de resentimiento, de deseo de proteger a sus hijos, va a quedar allí sin que deriven consecuencias para esa persona y para el resto de su familia? Eso es imposible.

- f) Además, al menos la parte demandante se siente **decepcionada**, frustrada, porque al entregar el conflicto al abogado para que demandara, se sintió que se “quitaba de encima” ese problema, que ese asunto lo tendría que resolver otro, un tercero, un Juez, y ahora, es convocado a volver a meterse en ese mismo problema sin que el asunto haya avanzado un solo paso, el conflicto está en el mismo punto en que lo entregó para que otro lo solventara y ahora, nuevamente, el conflicto se le devuelve intacto para que lo resuelva y además, junto a su adversario judicial. Es un delirio pensar que la mediación intrajudicial va a ser fructífera, por el contrario temo que ni siquiera logre dar una imagen medianamente certera de lo que es y lo que persigue.
- g) El llamado de los hijos a dar su opinión sobre el tema controvertido, es un aspecto crítico, ya no sólo para los hijos, como quedó dicho, sino para los padres, quienes sienten debilitarse su autoridad, se sienten expuestos a que un extraño pase por encima de sus decisiones, de sus observaciones y correcciones a sus hijos, para venir a pedirle opinión sobre asuntos que él considera que deben quedar dentro de su ámbito de decisión porque en definitiva, son los padres los responsables de la buena marcha del hogar, de la educación, de la escogencia de la escuela, de la forma de trato entre los miembros de la familia extendida, de la relación con los maestros y profesores, de los permisos y las prohibiciones, del establecimiento de los horarios, el uso del teléfono, del automóvil, las salidas y los paseos, los premios y los castigos.

## PROPUESTAS

A pesar de toda esta variedad de objeciones de diversa índole a la mediación intrajudicial en la LOPNNA, debo reconocer, primero el enorme esfuerzo del legislador por diseñar un sistema en que entraran todas las variantes posibles de pretensiones administrativas y judiciales y por otra parte también tengan entrada los medios alternativos tanto en cumplimiento de la nueva concepción de la administración de Justicia como derecho ciudadano, como atender la promoción de los medios alternativos, y elegir entre ellos sin duda el más apropiado para ser aplicado a los conflictos familiares.

Además es de rigor dar nuestro apoyo sin mezquindad a la fórmula elegida para comenzar a dar a conocer y desarrollar la mediación familiar en nuestro país que la desconoce como instituto y como herramienta favorecedora de las buenas relaciones familiares y del restablecimiento de los vínculos rotos entre los parientes.

En la oportunidad en que participé del Foro sobre el Proyecto de la LOPNNA en noviembre de 1996 promovido por la Sala Social y realizado en el Tribunal Supre-

mo de Justicia, propuse que a la normativa que contenía el proyecto de reforma en relación con la mediación, que es la misma que quedó en la ley vigente, se agregara la posibilidad de que el Juez, en el futuro, derivara casos para mediación a mediadores que ejerzan su labor fuera del ámbito tribunalicio, preferiblemente en Centros de Mediación integrados por mediadores debidamente calificados y registrados ante el Tribunal Supremo de Justicia. De esta forma se hubiera dejado de una vez abierta la posibilidad de que cuando ya contáramos con grupos calificados de mediadores, se pudiera utilizar su experticia profesional para que mediaran en casos expresamente derivados por los jueces, pero fuera del espacio físico de los tribunales y lejos de la figura condicionante del juez. Pero esa propuesta no fue acogida, sin embargo la mantengo y expongo cada vez que tengo oportunidad a fin de que sirva de reflexión a futuras reformas.

También propuse y lo hago nuevamente, que la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia lleve un registro de mediadores calificados, y de aquellos reunidos en Centros de mediación a fin de derivarles casos para que sean procesados en esos centros por parte de mediadores confiables, debidamente diplomados y éticamente respetuosos.

A pesar que estas propuestas no hayan sido reflejadas en el texto final de la ley que fue aprobada, sin embargo, nuestra LOPNNA vigente deja muchos espacios a la mediación no judicial, a la posibilidad de intervenciones mediadoras que permitan a los padres y otros miembros de las familias solventar sus divergencias de manera armoniosa en beneficio de todos y posteriormente, si así lo estiman conveniente, llevar su acuerdo al Juez para que los homologue y le dé carácter de obligatoriedad.

De mi parte, tengo ya tres años impartiendo Mediación Familiar a alumnos de tercer año de la carrera de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello y he logrado entusiasmar a muchos jóvenes para que en el futuro se conviertan en mediadores familiares. Ahora me corresponde una labor si se quiere más difícil, que es la de conseguir la aprobación de diplomados o postgrados en mediación que permitan darle categoría académica a esos conocimientos y continuar avanzando hacia la apertura del registro nacional de mediadores que propongo sea llevado por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia. Espero su apoyo y solidaridad en esta nueva tarea.

Desear lo mejor también es desear que haya muchos mediadores que armonicen las relaciones humanas y las familiares en particular, y que los miembros de una familia logren superar sus conflictos y continúen siendo familia y sintiendo el afecto sin reclamos ni resquemores.

# Relación directa y regular y síndrome de alienación parental

## Abordaje a través de la mediación familiar

Regular and direct relationship with the child and parental alienation syndrome

Approach through family mediation

Adriana Cecilia Palavecino Cáceres\*

### Resumen

En este artículo, primeramente, se efectúa una revisión panorámica del estado actual de la reglamentación sobre relación directa y regular con el niño tanto en el Código Civil como en otros cuerpos normativos. Enseguida, se analiza la figura bajo el prisma de los principios que inspiraron la reforma filiativa, a saber, igualdad jurídica, supremacía del interés del niño y derecho a la identidad, recurriendo a jurisprudencia nacional y extranjera. A continuación, se aborda el escasamente conocido Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) por su directa conexión con los conflictos sobre tuición y régimen de contacto, derivados de la separación conyugal. Y en la parte final de este trabajo, se propone la mediación familiar como escenario propicio para abordar estos conflictos de manera colaborativa preservando de mejor modo la garantía constitucional de autonomía de la familia en tanto grupo intermedio y el principio del interés superior del niño.

### Abstract

In this article, firstly, is an overview of the current revision of the regulation on direct and regular with the child in the Civil Code and other regulations. Then, the figure is discussed from the perspective of the principles underlying the reform of filiation, namely legal equality, supremacy of the interests of the child and the right to identity, using domestic and foreign jurisprudence. Then, addressing the little-

---

\* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Candidata a Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diplomada en Derecho de Familia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y en Mediación Familiar, Universidad Tecnológica de Chile (Inacap) e Instituto Chileno de Terapia Familiar. Está inscrita en los registros de mediadores del Ministerio de Justicia y de la Superintendencia de Salud. Es mediadora de la Clínica Integral de la Familia CIFAM de Talca, desde el año 2003. Talca, Chile. Correo: apalavecino@yahoo.es.

known Parental Alienation Syndrome (SAP) for its direct connection with disputes over custody and contact arrangements for children, arising from marital separation. And in the final part of this work is proposed as a family mediation proper scenario for addressing these conflicts collaboratively to better preserve the constitutional guarantee of autonomy of the family as middle group and the principle of best interests of the child.

**Palabras clave:** Relación directa y regular, tuición, síndrome de alienación parental, SAP, mediación familiar.

**Key words:** Visits, custody, Parental Alienation Syndrome, SAP, family mediation.

## I. ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

La tuición y la relación directa y regular forman parte del plexo de relaciones filiales personales o responsabilidades parentales que emanan del vínculo filiativo.

El art. 225 del Código Civil dispone que: *“Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”*.

Por su parte, el art. 229 del Código Civil dispone que: *“El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo”*. El inciso segundo, por su parte, agrega que: *“Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”*.

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.585 de filiación (D.O. 26/10/1998), se elimina la expresión *visitas* que utilizaba el antiguo artículo 227<sup>1</sup>. Creemos que no se trató de un simple cambio de redacción sino de atribuir al lenguaje del legislador un poder generativo y no solo descriptivo de realidades, es decir, que pretendió generar y moldear la realidad futura de esta institución<sup>2</sup>.

En este mismo sentido, ETCHEBERRY<sup>3</sup> indica que: *“Se eliminó el concepto actual de ‘visitas’ que se ha prestado para limitar en algunos casos esta comunicación,*

<sup>1</sup> El derogado art. 227 del C.C. disponía que: *“Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos no por eso se prohibirá visitarlos, con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”*.

<sup>2</sup> Aquí seguimos a Echeverría, quien señala que *“Al sostener que el lenguaje es acción, estamos señalando que el lenguaje crea realidades. Vemos esto de muchas maneras. Al decir lo que decimos, al decirlo de un modo y no de otro, o no diciendo cosa alguna, abrimos o cerramos posibilidades para nosotros mismos y, muchas veces para otros. Cuando hablamos, modelamos el futuro, el nuestro y el de los demás. A partir de lo que dijimos o se nos dijo, a partir de lo que callamos, a partir de lo que escuchamos o no escuchamos de otros, nuestra realidad futura se moldea en un sentido o en otro”*. Echeverría, R. (2002), *Ontología del lenguaje*, Dolmen Ediciones S.A, España, p.35.

<sup>3</sup> Etcheberry, L.(1999): *“Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad”*, en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N°19.585*, LOM Ediciones Ltda., Santiago, Chile, p.109.

tanto en cuanto a su sustancia como a la forma en que puede ejercerse. La entrega al tribunal de la facultad de determinar la frecuencia y libertad con que ha de mantenerse esta relación –siempre dentro del marco de que ella sea ‘directa’ con el hijo y efectuada con periodicidad ‘regular’– se mantuvo, pero solo en defecto del acuerdo con quien tiene a su cargo el cuidado personal del hijo. Se acotaron, además, en relación con la norma vigente, las ahora extensas atribuciones del tribunal, en el sentido que esa frecuencia y libertad será la que el tribunal estime conveniente ‘para el hijo’ y que la comunicación entre el padre o la madre y el hijo solo se suspenderá o restringirá cuando perjudique el bienestar de este último en forma manifiesta, declaración que el tribunal deberá hacer en resolución fundada”.

Se advierte la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno, pues la Convención de los Derechos del Niño, en el art. 9, párrafo 3º, reconoce que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Siguiendo a GÓMEZ DE LA TORRE<sup>4</sup>, este derecho-deber de comunicación está inspirado en el principio de que el niño es un sujeto de derecho y, por ende, titular del derecho a relacionarse en forma regular y permanente con su padre o madre que no vive con él.

Sin embargo, la constatación práctica que efectúa POLAKIEWICZ<sup>5</sup>, es que “... a pesar de esta concepción del derecho de comunicación como un derecho del hijo, considerado como un sujeto de derecho en las relaciones familiares, la institución aún está encarada y explicada por la doctrina, y lo que es más grave, vivida por sus protagonistas como un derecho de los cónyuges (padres) que recae sobre los hijos como objetos de una prestación debida (o contraprestación en el marco de los efectos del divorcio)”. Concordamos plenamente con esta afirmación.

De acuerdo al art. 229 del Código Civil citado, el régimen comunicacional puede ser acordado por los padres mediante un convenio regulador, sin necesidad de llegar a los tribunales. Es curioso observar que en la ley 19.585 no se previó formalidad alguna, como sí ocurrió respecto de los acuerdos en materia de tuición y patria potestad, no obstante, creemos que nada impide que los progenitores den fuerza obligatoria a su acuerdo mediante una transacción extrajudicial.

Por otro lado, la Ley 16.618 de menores, modificada por la Ley 19.711 (D.O. 18/01/2001), en su art. 48, impuso al juez el deber regular de oficio un régimen de contacto en causas por tuición. También dispuso que, si por razones imputables al progenitor custodio, se frustra, retarda o entorpece el ejercicio del régimen de contacto, al progenitor no custodio le asiste el derecho a solicitar la recuperación del tiempo no utilizado. Asimismo, establece que, si el progenitor deja de cumplir injustificadamente el régimen de contacto puede ser instado por el tribunal a cum-

---

<sup>4</sup> Gómez de la Torre, M. (2007): El sistema filiativo chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p.150.

<sup>5</sup> Citada en Schmidt, C. y Veloso, P. (2001): La filiación en el Nuevo Derecho de Familia, Editorial Lexis-Nexis, Santiago, Chile, p. 291.

plirlo, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción. Lo que deja de manifiesto su naturaleza dual de derecho-deber, que no está establecido en favor del progenitor en cuyo caso podría ser renunciado, según el art. 12 del Código Civil, sino que, más bien, en favor del hijo, como sujeto de derecho.

De cualquier modo, la suspensión o restricción se debe decretar por resolución fundada en atención al interés superior del niño.

Otro aspecto relevante de esta normativa, es que se contempla la posibilidad de decretar la relación directa y regular en favor de parientes del niño, como abuelos o tíos, un contacto que los niños valoran bastante.

Por su parte, la Ley 19.947 de matrimonio civil (D.O.17/05/2004), establece en su art. 21 que, si los cónyuges se separan de hecho, podrán regular, entre otros aspectos, la relación directa y regular que mantendrán con los hijos, en este caso, las formalidades del acuerdo están previstas detalladamente en el art. 22 del mismo cuerpo legal, a saber, escritura pública o acta protocolizada ante notario, transacción aprobada judicialmente, o acta extendida ante un Oficial del Registro Civil.

Por último, el art. 106 de la Ley 19.968 de tribunales de familia, introducido por la Ley 20.286 (D.O.15/09/2008) establece que, las causas relativas a relación directa y regular, aun cuando se traten en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, con excepción de casos de divorcio culpable, en que parece lógico que no habrá voluntad para mediar. Esta reforma –cuya entrada en vigencia se producirá gradualmente en distintas regiones del país<sup>6</sup>– es acertada por cuanto implica un abordaje no adversarial de los conflictos entre los progenitores, que cuida su relación posterior, lo que redundará en un beneficio para los hijos. Volvemos sobre este punto en el último capítulo de este trabajo.

## II. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRARON LA REFORMA FILIATIVA

### Principio de Igualdad

Según VELOSO<sup>7</sup>, a través del principio de igualdad podemos discernir qué diferencias justifican un trato desigual y qué diferencias no, es decir, el núcleo de este principio se traduce en términos de la razón suficiente que justifique un trato desigual. Para ello se aplicará a la normativa que pretendamos revisar el denominado test de razonabilidad, en virtud del cual, verificaremos la existencia de un objetivo

<sup>6</sup> El artículo 7 transitorio de la ley 20.286 establece que: *“La mediación obligatoria a que se refiere el artículo 106 entrará en vigencia en las diversas regiones del país, según el siguiente calendario: en las regiones I, II, III, IV, VI, IX, XI, XII, XIV y XV, nueve meses después de la publicación de esta ley; en las regiones V, VII, VIII y X, doce meses después de la publicación de esta ley, y en la Región Metropolitana, quince meses después de la publicación de esta ley”.*

<sup>7</sup> Schmidt, C. y Veloso, P, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

perseguido a través del establecimiento del trato desigual; la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución Política; y la razonabilidad del trato desigual, o sea, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Pues bien, si aplicamos el test de razonabilidad a la actual regulación de la tuición y de la relación directa y regular, no podremos sino arribar a la conclusión de que vulnera abiertamente el principio de igualdad hombre-mujer, lo que, según Enrique Barros, facilita que los hijos sean usados como pieza táctica en la negociación de los padres.

No se divisa un fundamento racional para que el art. 225 del Código Civil atribuya *ex ante* a la madre el cuidado personal, dejando al padre solo con el deber de relación directa y regular. Es un criterio sexista que no se condice con una sociedad democrática en la cual las personas son libres para decidir el rol que desean desempeñar al interior de la familia. Se vulnera los art. 1º y 19, Nº 2 de la Constitución Política, como también, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la cual en su art. 16, Nº1, señala que: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”*.

A partir de esta normativa resulta insostenible pretender que la tuición sea un derecho absoluto de las madres o una reivindicación feminista. Antes bien, un fallo argentino, en un caso sobre tenencia compartida, sostuvo que: *“Esta declaración reafirma el principio de no discriminación, proclamando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...) sin distinción de sexo. Adoptar las medidas adecuadas para evitar todo tipo de discriminación para la mujer, no significa que ella tenga mejores derechos que el hombre, la base es la igualdad para ambos”*<sup>8</sup>.

Pero además de la discriminación hacia los progenitores, nuestra normativa sobre tuición implica una diferenciación arbitraria hacia los hijos de padres separados respecto de aquellos cuyos progenitores viven juntos, en cuanto al ejercicio de su derecho a la coparentalidad, reconocido en términos categóricos en el artículo 9 párrafo 3º de la Convención de los Derechos del Niño ya citado.

En este sentido, adherimos al planteamiento de SCHMIDT<sup>9</sup> respecto a que el cuidado personal de la crianza es un deber genérico que implica que todo progenitor tiene la obligación de seguir involucrado con su hijo independientemente si comparte domicilio con él o no, en los términos del art. 222, inc. 2º del Código Civil. En la práctica, la forma en que se acostumbra regular el régimen comunicacional por los jueces lamentablemente impide que el progenitor que no tiene la tuición —en

<sup>8</sup> E.P.F. contra N.E.P., Proceso Especial por tenencia compartida, Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Argentina, 24 de noviembre de 1998, en <http://www.jurisprudencia-infancia.udp.cl/Publico/Sentencia.asp>

<sup>9</sup> Op. cit. pp. 253-254.

la mayoría de los casos el padre— siga involucrado con el hijo con quien no vive. Asimismo, algunas madres perciben la tuición como un derecho absoluto y suelen confundir la separación conyugal con la extinción del vínculo filiativo, creencia que la mayor parte de las veces es reforzada en sede judicial. Así puede observarse en sentencia de 23/05/2007 del Juzgado de Familia de Temuco cuando indica que: *“...esta sentenciadora estima que es al lado de su madre y de su hermana donde el niño debe estar y crecer, porque, si bien no puede atribuirse a las madres en forma absoluta una mayor idoneidad para atender a los hijos; es inconcuso que durante la edad temprana, es más beneficioso para los niños la compañía materna(...) Que la distribución de los hijos entre los padres y que permite el artículo 225 es una circunstancia que solo puede justificarse en el interés de los propios hijos, pero cesando la causa que la originó, no se ve inconveniente para volver las cosas al estado anterior, es más, la intervención judicial debe instar, en la medida de lo posible, por volver las cosas a su estado natural...”<sup>10</sup>.*

Estimamos que aun cuando el art. 225 del Código Civil, en caso de separación de los progenitores, atribuya el *cuidado personal* de los hijos a la madre, interpretarlo en el sentido de que el padre no custodio quede exento del cuidado personal de la crianza de sus hijos, conduce a un resultado que no armoniza en absoluto con los principios axiológicos superiores contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, en especial, el derecho del niño a la coparentalidad. Y, según el art. 5, inc. 2º, de la Constitución Política, la Convención tiene un rango superior al del Código Civil en su calidad de tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por Chile en 1990. Ello permitiría sostener que el mencionado precepto del Código Civil, en cuanto atribuye *ex ante* la tuición a la madre, es inconstitucional y estaría derogado tácitamente.

### Principio de Interés Superior del Niño

El papel de este principio ha evolucionado a través del tiempo, pues en el escenario de un sistema tutelar de menores (que rigió en nuestro país a partir de la Ley 4.447 de 1928) caracterizado por la amplia discrecionalidad del juez para aplicar la doctrina de la situación irregular, frente a niños en riesgo material o moral, o en conflicto con la justicia, se invocaba de manera abstracta casi confundido con la moral y las buenas costumbres. Sin embargo, en el sistema instaurado por la Convención de los Derechos del Niño, que da paso a la doctrina de la protección integral del menor—que concibe a todos los niños como sujetos de derecho, proporcionándoles una normativa orgánica completa— juega un rol diverso.

En efecto, con el propósito de superar los riesgos que plantea como concepto de contenido jurídico indeterminado, CILLERO ha propuesto entender hoy el interés superior del niño como la plena satisfacción de sus derechos, agregando que: *“...e/*

---

<sup>10</sup> Nótese el criterio sexista de la jueza, confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Suprema, al referirse a un *orden natural de las cosas* cuando se alude al cuidado de los hijos por la madre, considerando que está fuera de toda duda que el bienestar de los niños a edad temprana está al lado de su madre. Causa “Garrido con Lagos”, RIT C-110-2006.

*principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no 'constituye' soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, no solo en la forma también en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente"*<sup>11</sup>.

Una consecuencia de este principio es la necesidad de oír al niño cuando está en condiciones de formarse un juicio u opinión. Y si aún no tiene un juicio propio, las resoluciones que adopten los mayores a su respecto deberán tener en cuenta el impacto de la decisión en la autonomía futura del niño.

Estimamos que, el principio de la supremacía del interés del niño resulta vulnerado por la normativa del Código Civil que regula la tuición y la relación directa y regular, ya que la ley decide de antemano que la tuición sea para la madre, debiendo disponer, en su lugar, que sea para aquel de los dos progenitores que ofrezca mejores condiciones al niño y que –de ser ambos–, se establezca un régimen de tuición compartida, a fin de que no se vulnere el art. 9, párrafo 3º de la Convención de los Derechos del Niño.

No obstante, contrarresta lo anterior que el juez tenga amplia discrecionalidad para suspender o restringir el ejercicio de este derecho-deber considerando justamente el bienestar del niño y su opinión, en función de su edad y madurez, según lo disponen el art. 242 Código Civil y el art. 85 de la ley de matrimonio civil en concordancia ambos con el art.12 Convención de los Derechos del Niño.

El derecho a la coparentalidad de los hijos cuyos padres se han separado se facilita a través de la tuición compartida. LATHROP define esta figura como *"un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite organizar el cuidado personal de los hijos, de manera que estos vivan con cada uno de sus progenitores durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados"*<sup>12</sup>. GÓMEZ DE LA TORRE<sup>13</sup> indica que puede tener dos modalidades, la primera, el "cuidado alternado", cuando el hijo pasa lapsos con cada uno de los padres, quienes ejercen durante los mismos las acciones de crianza, y en la segunda, el niño reside principalmente en el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen las labores relativas al cuidado del hijo.

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien no está contemplada expresamente, ello no es óbice para que padres o jueces, al determinar un régimen de contacto, lo hagan de manera que el niño pueda mantener una relación continua y significativa con ambos progenitores, acercándose lo más posible a una custodia compartida. No comprendemos la reticencia a esta figura que ofrece comprobadas y superiores ventajas para los niños, que la custodia monoparental. Un fallo argentino citado precedentemente<sup>14</sup>, nos ilustra sobre este punto, al declarar que: *"El proyecto de*

<sup>11</sup> Cillero, M. (1999): "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño", en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, pp. 69 y ss.

<sup>12</sup> Lathrop, F. (2008): "Custodia compartida: ¿necesidad de legislar?", en Revista Semana Jurídica, Año VIII, N°379, Santiago, Chile, p.2.

<sup>13</sup> Gómez de la Torre, M.: *op. cit.* p.147.

<sup>14</sup> Véase nota 8.

*compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo, es mucho más que la elección del lugar de residencia del mismo. Después del divorcio los padres se encuentran necesariamente redefiniendo los conceptos tradicionales en lo tocante a la familia y a sus roles, reorganizándose para el futuro, creo que la reconocida necesidad de estabilidad de un menor, debe ser definida más en términos relacionales que en términos geográficos y temporales. Y en este sentido, hoy en día, es indudable que un niño necesita continuar el contacto que tenía cuando su familia se encontraba 'intacta' con ambos padres. Ello, no solo porque mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre el niño –quien no debe elegir entre sus padres, intentándose eliminar, o eliminándose, los 'conflictos de lealtad' en buena medida–, sino porque también le garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas”.*

### **Principio del Derecho a la Identidad**

VELOSO lo define como “*el derecho de toda persona a conocer la verdad sobre su propia biografía*”. Esta autora, citando un fallo de la Corte Constitucional de Colombia, agrega que: “...supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro (...) El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad”<sup>15</sup>.

Resulta extraordinario advertir cómo algunos fallos han conectado este principio con el ejercicio de la relación directa y regular. Así, el Juzgado de Familia de Coquimbo<sup>16</sup>, el 16/01/2008, dispuso que: “...De esta forma la desvinculación paterna y devaluación de esa figura, conlleva una falencia en el proceso de individuación del niño, y esto habilita al tribunal para arbitrar los medios para que el niño deba acercarse nuevamente al padre, más aún no habiéndose justificado que este haya maltratado física o psicológicamente al niño en forma directa...”.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt<sup>17</sup>, en sentencia de 05/02/2008, dispuso que: “...el artículo 229 del Código Civil, en armonía con la convención Internacional de los Derechos del Niño, establece como imperativo legal y deber del Estado velar por el resguardo y derecho de los menores de mantener vínculos permanentes con sus progenitores, relación que no solo implica una obligación para estos, sino un deber para con aquellos, que mira a la formación futura e integral de los jóvenes de saberse hijos de determinados sujetos en miras al establecimiento de su propia identidad, de manera que no resulta acertado sostener, como lo hace el a quo, que no se ha probado la necesidad de tal vínculo, pues la ley lo establece como esencial, por lo que debe ser fomentado y garantizado, como garantía en resguardo de los derechos de los menores”.

<sup>15</sup> Schmidt, C. y Veloso, P. : *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>16</sup> Causa RIT C-1111-2007, “Andoni Ignacio Iduya Santander”, Medida de Protección.

<sup>17</sup> Causa Rol 29-2008, “Valenzuela con Meyer”, Recurso de Apelación.

### III. SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (S.A.P.)

Se trata de un fenómeno cuya formulación y estudio son relativamente recientes. En 1985, GARDNER lo definió como *“un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña”*<sup>18</sup>.

Este autor precisó los criterios de identificación de este síndrome, a saber: campaña de injurias y desaprobación consistente en que el niño trata al progenitor como un desconocido odioso cuya proximidad siente como una agresión; explicaciones triviales para justificar la campaña de desacreditación, es decir, no hay razones de peso sino una lista de argumentos a los que recurre una y otra vez; ausencia de ambivalencia en su odio a su progenitor, o sea, el hijo alienado muestra un odio absoluto a su progenitor, sin fisuras ni concesiones; autonomía de pensamiento en el sentido de que las decisiones y los actos son de responsabilidad e iniciativa propia del niño, él es un pensador independiente; defensa del progenitor alienador atendido el vínculo psicológico de carácter patológico entre el menor y el progenitor alienador, basado en el dogmatismo y la adhesión férrea, ausentes de reflexión; ausencia de culpabilidad ante los sentimientos y explotación del progenitor alienado, esto permite al niño llegar a niveles de denigración irracionales; escenarios prestados, es decir, presencia de escenas, pasajes, conversaciones y términos que el hijo adopta como propios o vividos en primera persona, aun cuando jamás hubiera estado presente cuando ocurrieron o resultarían incoherentes con su edad; extensión del odio al entorno del progenitor alienado.

AGUILAR explica que estudios recientes han ampliado los criterios de identificación a consideraciones como el uso de recursos legales para lograr una separación efectiva entre el progenitor alienado y el hijo; el tiempo como estrategia de alienación para impedir el apego; la inmersión judicial; y la responsabilidad e implicación del progenitor alienado en el proceso de alienación<sup>19</sup>.

Se distingue tres tipos de S.A.P.: leve, moderado y grave. En el tipo leve, se produce contacto con el progenitor no custodio, sin que haya grandes episodios de conflicto, la campaña de denigración comienza pero los ataques son de baja intensidad y mínima presencia. Los expertos indican que solo hasta este grado se recomienda regular el contacto a través de mediación familiar.

En el tipo moderado, el contacto comienza a ser conflictivo, sobre todo al inicio, se dan habituales episodios de enfrentamiento y la campaña de denigración

<sup>18</sup> Segura, C.; Gil, M.J.; Sepúlveda, M.A. (2006): “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”, Cuaderno de medicina forense, España, Sevilla, n. 43-44, p.1. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1135-76062006000100009&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100009&lng=es&nrm=iso).

<sup>19</sup> Aguilar, J.M. (2006): S.A.P. Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro, Editorial Almuzara, España, pp. 43 y ss.

calidad lo reconoce y ampara, y se le garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

La garantía constitucional de la autonomía de la familia guarda plena concordancia con el principio de subsidiariedad del Estado, en virtud del cual está vedada toda injerencia estatal en los ámbitos que tocan específicamente a los fines de la familia. En esta garantía constitucional encuentra cobertura, justamente, la promoción de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos familiares –como la mediación– en forma previa a que el Estado, a través del juez de familia, se inmiscuya en cuestiones de su vida privada como las responsabilidades parentales y la relación de pareja. La intervención judicial debería tener siempre en estos asuntos el carácter de *ultima ratio*, esto es, operar únicamente cuando se ha demostrado imposible la autocomposición.

Por ello, nos parece acertado que se haya modificado la ley en el sentido de promover que antes de demandar en tribunales de familia, las partes acudan a mediación familiar en forma previa y obligatoria para resolver conflictos sobre tuición y relación directa y regular, pues al tratarse de una instancia que promueve el protagonismo de las partes, las compromete en la búsqueda conjunta y colaborativa de una solución a su disputa.

Pues de acuerdo a la jurisprudencia nacional revisada sobre estos conflictos, los jueces tienden a aplicar el art. 225 del Código Civil atribuyendo la tuición a la madre, como un criterio de orden natural, y a identificar el interés superior del niño de forma abstracta con la permanencia del menor junto a la madre, sin considerar otras fórmulas dialógicas, como la de la tuición compartida o de regímenes comunicacionales extensos.

Por otra parte, la Ley 20.286, que modifica la Ley de tribunales de familia, en el art. 105 letra e) dispone que, uno de los principios de la mediación familiar por el cual debe velar el mediador durante todo el proceso, es el interés superior del niño, sin embargo, inexplicablemente agrega que podrá citarlos *“solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación”*. No se divisa razón para esta restricción que no aparecía originalmente. Revisamos las actas de discusión de este artículo y no encontramos fundamento alguno para tan inconsecuente e incomprensible reforma que, creemos, debe ser interpretada a la luz del art. 12 de la CDN, es decir, que los mediadores al asumir el rol de guardianes del bienestar del niño, deben conocer la opinión de los hijos de las partes, tantas veces como les sea posible, para indagar sobre sus necesidades e intereses en cada situación concreta.

En este sentido, SUARES justifica la presencia de los niños en mediación cuando afirma que: *“...en los momentos de la crisis del divorcio, los padres están muy compenetrados con sus problemas. Muchas veces no tienen una escucha agudizada para las preocupaciones de sus hijos, quienes al no comprender la situación se imaginan cosas que los angustian y que muchas veces no tienen relación con lo que ocurre o que no se animan a plantearlas porque temen complicar más la situación”*<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Suares, M. (2005): *Mediando en sistemas familiares*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, p. 392.

En cuanto al alcance de la declaración del niño, las opiniones que emita durante el proceso de mediación no son una especie de mandato para los mediadores o para los padres en el sentido de que se debe hacer lo que el niño diga. Estimamos que la actitud adecuada consiste en desentrañar la verdadera voluntad, interés y conveniencia para el niño confrontando sus necesidades subjetivas con las necesidades objetivas de todo niño que enfrenta la separación conyugal de sus padres. Aquí cobra especial importancia, por ejemplo, reconocer la presencia de indicios o manifestaciones del S.A.P. que abordamos precedentemente, a fin de que la intervención del mediador contribuya a contrarrestarlos y si eso no resulta posible, se abstenga de seguir conduciendo el proceso, alzando la mediación y poniendo en conocimiento de la autoridad la situación de maltrato infantil.

Ahora bien, las necesidades objetivas de todo niño que enfrenta una separación conyugal, según los expertos, normalmente serán la de estar informados y seguros; mantener relación con sus dos padres; estar seguros del amor de sus dos padres; tener el derecho de amar a ambos como antes; conservar un vínculo significativo con ellos; que su padre y su madre continúen ocupándose y cuidándolos como antes; estabilidad afectiva; poder expresar sus sentimientos frente a la separación; comprender la decisión de separación de sus padres; no sentirse responsables de la separación y reconocer la permanencia de la misma; que la ruptura de los padres se haga lo más armónicamente posible; mantenerlos fuera de los conflictos; que no sirva de intermedio entre sus padres; sentir que sus dos padres son capaces de hablarse; no estar obligado a tomar partido por uno u otro; permanecer como niño o no tener responsabilidades de adultos; y no estar inquieto por la seguridad económica de la familia.

Creemos que los mediadores tienen un rol importante en cuanto a promover mediante sus técnicas —especialmente, preguntas circulares y reflexivas—, tanto si hubo o no entrevista a los niños, que las partes vayan tomando conciencia sobre las necesidades de sus hijos y las tengan en cuenta al adoptar sus acuerdos sobre tuición y relación directa y regular.

La oportunidad en que los niños son oídos en mediación es, usualmente, al inicio de la misma, en la etapa de definición del conflicto, en cuyo caso, la entrevista se hace preferentemente sin la presencia de sus padres para evitar presiones o manipulaciones. Otra oportunidad en que los niños participan es en la revisión del acuerdo al que han llegado sus padres, lo que se hace en presencia de estos al finalizar el proceso.

Respecto a la técnica para efectuar la entrevista a los niños, SUARES recomienda advertirles que el objetivo no es que acusen a sus padres sino saber qué les está pasando en esta nueva situación familiar y también que las decisiones las van a tomar sus padres y no ellos, pero que les resulta muy importante conocer antes lo que piensan y sienten<sup>27</sup>. También es importante que el mediador tenga clara la finalidad de la entrevista que, en ningún caso es terapéutica, sino simplemente se trata de recoger información acerca de las expectativas e intereses de los niños y cómo a ellos les gustaría que las cosas fueran de aquí hacia el futuro.

---

<sup>27</sup> Suares, M., *op. cit.*, p. 398.

Creemos que la mediación es un escenario propicio para resolver conflictos familiares, principalmente aquellos en que aparecen niños involucrados, como los de tuición y relación directa y regular, porque ofrece ventajas comparativas frente al litigio judicial.

Como explican DIEZ y TAPIA<sup>28</sup>, el vínculo personal entre el mediador y las partes, así como la construcción del espacio de mediación son herramientas básicas para generar confianza, lo cual es esencial para el desarrollo de esta instancia.

El terreno de trabajo del mediador no es tanto el de la sustancia del problema sino el de la manera como las partes trabajan con el problema. Principalmente, es importante que comprendan que hay un amplio rango de opciones para proteger sus intereses total o parcialmente, y que pueden tener control sobre ellas. También, que asuman que pueden elegir qué hacer en la situación concreta y tener control sobre su elección. Esto, evidentemente, no se puede lograr en un juicio pues lo impide su lógica adversarial y la sumisión a la decisión de la autoridad.

Quiénes apostamos a la mediación lo hacemos porque hemos observado que la mediación funciona, que a la gente le sirve para analizar su problema y tomar decisiones sobre él. Nuestra experiencia nos indica que más del 70% de los casos concluyen en acuerdo, en un tiempo más breve y con menores costos económicos y emocionales que lo que hubiera sucedido en un litigio ante los tribunales.

Sin embargo, la evaluación no solo debe hacerse desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa. La mediación se funda en la convicción de que los seres humanos son capaces de resolver por sí mismos sus conflictos y de hacerse cargo de las decisiones que adoptan como sujetos responsables. La mediación potencia la capacidad negociadora de las personas que por algún motivo se ha visto disminuida y permite que de una relación inicialmente deteriorada, las dos partes sientan que pueden ser ganadoras, favoreciendo con esto una cultura de la cooperación, una *Cultura de la Paz*.

## CONCLUSIONES

Si bien, la reforma introducida por la ley 19.585 importó un giro radical e histórico del Derecho de Familia Chileno en materia de filiación –puesto que desaparece la discriminatoria nomenclatura de hijos vigente desde el primigenio Código Civil, por influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– en materia de tuición y relación directa y regular, la vulneración al principio de igualdad jurídica persiste hasta hoy.

Al atribuir el art. 225 del Código Civil, *ex ante* el cuidado personal del hijo a la madre en caso de separación de los progenitores, la discriminación no solo se produce en el plano de la igualdad jurídica hombre-mujer, sino que también se genera una discriminación en el ejercicio del derecho a la coparentalidad reconocido en el art.

---

<sup>28</sup> Díez, F. y Tapia, G.(2005), *Herramientas para trabajar en mediación*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, pp. 41 y ss.

9 de la Convención de los Derechos del Niño, entre hijos cuyos padres viven juntos e hijos cuyos padres viven separados.

Sin embargo, creemos que la vía de solución para sortear esta discriminación puede ser, por un lado, entender que en este punto prevalece la Convención por aplicación del art. 5 inciso segundo de la Constitución, considerando la normativa interna tácitamente derogada, o bien, efectuar una interpretación sustantiva de la misma armonizándola con las normas fundantes, esto es, la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Política y, con un criterio teleológico, consistente en considerar el alcance y fines de esta regulación en la actualidad.

Por otro lado, la legislación sobre tuición y relación directa y regular no ha tenido como consideración primordial el Interés superior del niño pues de lo contrario se hubiera atribuido la tuición a aquel de los dos progenitores que ofreciera las mejores condiciones para el hijo y, de ser ambos, se hubiera consagrado, como regla general, un régimen de tuición compartida que facilitara el ejercicio del derecho a la coparentalidad de los niños.

No obstante, la falta de regulación de esta figura no es óbice para que jueces y progenitores determinen un régimen de contacto significativo y permanente que se asemeje lo más posible a la custodia compartida. Solo de este modo ambos progenitores podrán continuar involucrados con sus hijos y ejercer su deber irrenunciable de cuidado personal de la crianza, en los términos que dispone el art. 222 inc. 2° del Código Civil.

Asimismo, el interés superior del niño no es un principio que pueda invocarse abstractamente por los jueces o padres para justificar cualquier decisión respecto de los niños. Tampoco por los mediadores en los procesos que conducen. Antes bien, se traduce en un deber de los mayores de adoptar la decisión que mejor reconozca el ejercicio y desarrollo integral de los derechos del niño, considerando todas las implicancias de tipo social, político, jurídico y cultural, en cada caso concreto, especialmente en cuanto a la mantención del vínculo con ambos padres tras la separación.

En este proceso de consideración, ponderación y pronunciamiento, es ineludible hacer participar a los niños tomando debidamente en cuenta su opinión. Es decir, de acuerdo con el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, los niños deben participar activamente en la determinación de su propio interés superior.

Por otro lado, es interesante advertir la conexión que ha venido haciendo cierta jurisprudencia nacional entre el ejercicio de la relación directa y regular y el derecho a la identidad de estos, lo que creemos promueve que se ponga el acento en la institución como un derecho del cual el niño es el titular, en lugar de entenderlo como derecho a una prestación debida de los progenitores.

Por su parte, el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) –más allá de su exacta configuración científico-médica– es un fenómeno preocupante al constituirse como una forma de maltrato infantil que produce efectos irreparables en los menores que lo padecen, que incluso pueden desembocar en el suicidio. De allí la importancia de conocer los criterios para su identificación, prevención y abordaje. Es absurdo transformar el tema en una lucha de géneros, sino que ha de ser un llamado de alerta respecto de los niños que lo padecen, quienes son los que deben interesar y preocupar.

Lo que más afecta a los hijos no son los conflictos conyugales sino la manera

en que son encarados por los padres, pues los procedimientos contenciosos generan estrés en padres e hijos que repercuten negativamente en el equilibrio emocional de todos ellos, hasta el punto que, las necesidades infantiles quedan relegadas a un segundo plano, engeguados por sus disputas conyugales.

Por ello, la mediación se ofrece como un escenario más propicio que el contexto judicial para afrontar de manera colaborativa las diferencias que surgen tras la separación, al preservar de mejor modo la relación posterior de las partes, todo lo cual redundará en un mayor bienestar para los niños.

Ellos deben ser escuchados en esta instancia cuidándose de no involucrarlos para acusar a los padres, ni para servir de testigos, ni tampoco para que ellos tomen las decisiones. Los mediadores deben procurar que los adultos sean quienes tomen las decisiones, pero sobre la base de la información y consideración de las necesidades de sus hijos.

Siguiendo a Marinés Suares<sup>29</sup>, creemos que la mediación y la negociación debieran considerarse como los caminos principales y no "alternativos" en la conducción de disputas en el ámbito familiar pues solo así se preservará la autonomía de la familia como grupo intermedio garantizada constitucionalmente, al tratarse de instancias que promueven el protagonismo de las personas en la conducción de sus vidas.

No se trata de limitar el acceso a la justicia de las personas, sino que se recurra a los tribunales en forma racional y cuando efectivamente sea necesario, ya sea porque han agotado las posibilidades de otras vías de solución al conflicto, o porque la naturaleza de este asunto que sea resuelto por un magistrado.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, J.M. (2006). *S.A.P. Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro*. España: Editorial Almuzara.

Cillero, M. (1999). "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño", en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tomo I. Colombia: Editorial Temis.

Díez, F. y Tapia, G. (2005). *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Echeverría, R. (2002). *Ontología del lenguaje*. España: Dolmen Ediciones S.A.

Etcheberry, L. (1999). "Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad", en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N°19.585*. Santiago: LOM Ediciones Ltda.

---

<sup>29</sup> Suares, M.(2005), *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, pp. 88-89.

Gómez de la Torre, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lathrop, F. (2008). "Custodia compartida: ¿necesidad de legislar?", en *Revista Semana Jurídica*, Año VIII, N°379, Santiago, Chile.

Schmidt, C. y Veloso, P. (2001). *La filiación en el Nuevo Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Lexis-Nexis.

Segura, C.; Gil, MJ.; Sepúlveda, MA. (2006). "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil", *Cuaderno de medicina forense*. Sevilla, España, n. 43-44.

Suares, M. (2005). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Suares, M. (2005). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

#### **Páginas web consultadas:**

<http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/Publico/Sentencia.asp>

[http://sil.senado.cl/cgi-bin/index\\_eleg.pl?5917-18](http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5917-18)

[http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar/fallo\\_sobre\\_sindrome\\_de\\_alienaci.htm](http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar/fallo_sobre_sindrome_de_alienaci.htm)

[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1135-76062006000100009&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100009&lng=es&nrm=iso).

[http://www.mujeresparalasalud.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=229&Itemid=120](http://www.mujeresparalasalud.org/index.php?option=com_content&task=view&id=229&Itemid=120)

<http://www.aen.es/web/docs/parental.pdf>



# Mediación, Ruptura de Pareja y Derechos del Niño

## Mediation, couple's breaking and rights of the children

Deyanira Salazar Villarroel\*

### Resumen

La mediación como proceso de resolución de conflictos familiares se ha ido posicionando como una estrategia de intervención que ofrece la posibilidad de que los conflictos familiares sean vivenciados como oportunidades de reorganización familiar, al tiempo de alejar la visión de crisis y desestructuración que, históricamente, se les ha atribuido a los problemas que ocurren al interior de las familias.

De acuerdo a Marlow (1999)<sup>1</sup> "La mediación familiar es el proceso dialógico que busca concordar de manera estable los modos de organización que permitan a una familia satisfacer sus necesidades, derechos y relaciones luego de la separación de la pareja o en circunstancias en que no está o no ha estado unida". Esto nos conduce al tema de los derechos del niño(a) en la mediación familiar, lo cual a su vez es expresión del tema de los derechos humanos de todos y cada uno de los miembros de la familia.

Es en el contexto de la ruptura de pareja donde se encuentra en riesgo en ejercicio de la coparentalidad, por tanto uno de los objetivos de la mediación es resguardar los derechos de los niños(as) de forma de procurar que la crisis de pareja y la separación no afecte el curso normal del desarrollo del niño. En este sentido cabe preguntarnos ¿de qué forma la aplicación de la mediación en procesos de ruptura de pareja es una herramienta de resguardo de los derechos del niño(a)?

### Abstract

Mediation has become increasingly accepted as an alternative dispute resolution process in the resolution of family conflicts. As such, mediation is an intervention strategy allowing family conflicts to be lived as an opportunity to re-organize the family, at the same time pushing away the image of crisis and de-structuring that historically have been attributed to intra-family problems.

\* Psicóloga, Licenciada en Psicología, Mediadora Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA de la Universidad Católica de Temuco, Diplomada en "Infancia y Adolescencia: Perspectiva Jurídica y Psicosocial", Diplomada en "Derecho de Familia e Infancia", Postitulada en Psicología Jurídica: Especialista en Intervención Psicosocial, Postitulada en Mediación y Derecho de Familia, Especialista en Psicología Jurídica y Forense. Correo: dsalazar@uct.cl

<sup>1</sup> MARLOW, L. *Mediación Familiar*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Granica, 1994.

According to Marlow (1991) "family mediation is the dialogic process that seeks to coordinate in a stable way the organization modes that allow a family to satisfy its needs, rights and relations after the couple has broken up, or in circumstances when it is not united in the present or has not been united in the past." This leads us to the issue of children's rights in family mediation which is at the same time is an expression of the human rights issue regarding each and every one of the family members.

It is in the context of the couple's breaking up where the co-parental role is in danger, so it is one of the central issues of mediation is to guarantee the rights of the children. This is to allow the couple's breaking up and separation does not affect the children's normal development. It is pertinent to ask oneself: How can the application of mediation in the process of the couple's breaking up be a tool in the protection of the children's rights?

**Palabras clave:** Mediación, ruptura de pareja, derechos del niño.

**Key words:** Mediation, couple's breaking, rights of the children.

## PROCESO DE RUPTURA DE PAREJA Y DERECHOS DEL NIÑO(A)

Cuando la pareja toma la decisión de separarse lo hace pues se ha ido gestando en el tiempo una serie de desavenencias irreconciliables que hacen imposible la convivencia. En estos casos la separación puede ser una experiencia constructiva y generadora de oportunidades en su rol de padres, activando sus competencias para trabajar en la crianza de los niños.

De acuerdo a Cárdenas (1998)<sup>2</sup> la unión entre padres les da confianza y seguridad a los hijos, por ende muchas veces rechazan la ruptura y esta les causa un hondo y profundo sufrimiento. Pero si con la separación se disipa el clima de tensión y conflicto, los padres tienen la posibilidad de entablar con sus hijos una relación más íntima y afectuosa. El principio básico es que los padres pueden dejar de vivir juntos; pero seguirán siendo padres para siempre.

Es una realidad que un proceso de ruptura de pareja destructiva puede estar acompañada para sus miembros de dificultades, sufrimientos y emociones contradictorios: traición, abandono, humillación, rabia, entre otras; no obstante también es posible con una adecuada asesoría conducir el proceso de separación de una forma constructiva que impactará positivamente en el curso normal del desarrollo de los hijos.

Para que la separación se transforme en una experiencia constructiva los padres deben desplegar una conducta coherente con la separación y aceptar que cada uno seguirá un camino distinto y por ende deben respetar la privacidad, la independencia y los nuevos proyectos que cada uno emprenderá con su vida. Asimismo los padres deben evitar conductas ambiguas que podrán confundir a los hijos y hacerles

---

<sup>2</sup> CÁRDENAS, E. *La Mediación en Conflictos Familiares*. Buenos Aires: Editorial Lumen, 1998.

crear falsas expectativas de reconciliación. Esto es fundamental para la estabilidad psicológica y emocional de los niños, pues la conducta coherente de los padres posibilitará la creación, en el contexto de la separación, de un ambiente estable y armónico para la crianza de los hijos.

De igual forma, los padres separados deben comprender que ambos son relevantes en la vida de sus hijos y por ende deben establecer alianzas para su crianza y educación.

Los cambios que implica la separación harán surgir conflictos por la nueva distribución de las funciones, la autoridad y el proceso de adaptación que vivenciarán cada uno de los integrantes en su búsqueda de continuar funcionando como familia.

En relación a lo anterior Cárdenas (1998) plantea que en ocasiones es el padre varón quien convive menos con sus hijos, ya que la tuición está a cargo de la madre. Dicha realidad no debe significar que el padre es menos responsable, ya que también debe acompañar a sus hijos en su proceso de desarrollo, no solo proveyendo los recursos materiales, sino apoyando a sus hijos emocional y psicológicamente. Es por este motivo que la madre no debe ser un obstáculo en las relación entre el padre con sus hijos (as) y diferenciar sus problemas personales de mujer de su rol de madre.

## MEDIACIÓN Y DERECHOS DEL NIÑO

Desde que Chile en el año 1990 se adscribe a la Convención de los Derechos del Niño, CDN, tales derechos han sido incorporados al ordenamiento jurídico chileno en virtud del Art. 5° inciso 2 de la Constitución Política del Estado<sup>3</sup> que textualmente señala: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes". De igual forma La Ley de Tribunales de Familia.

De acuerdo a los planteados por Viveros (2002)<sup>4</sup> podemos decir que la CDN se funda en ciertos principios:

- 1) El niño como sujeto de derechos: el niño es visto como titular de derechos y el ejercicio progresivo de tales derechos está determinado en función de la edad y madurez, lo que se relaciona con su participación y la consideración de su punto de vista personal
- 2) El interés superior del niño: se debe reguardar que efectivamente las decisiones que incluyan a los niños respeten tal interés

<sup>3</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. Texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por Decreto Supremo N° 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2005, que incluye las modificaciones introducidas al texto constitucional por la ley N° 20.050.

<sup>4</sup> VIVEROS, F. "Mediación Familiar y Derechos del niño. Una aproximación", en *Revista Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA*, volumen 3 (2002), p. 159-177.

- 3) El principio de la no discriminación: prescribe un trato igualitario de todos los niños sin distinción
- 4) La responsabilidad primordial de los padres en el cuidado y protección de los niños: plantea que la familia.

En este sentido podemos decir que la mediación como estrategia de resolución de conflictos desencadenado por la ruptura de pareja, en sus objetivos es coincidente con los principios que propugna la CDN y comparten intereses y objetivos comunes cuales son el resguardo y protección de los derechos del niño(a).

Por otra parte la CDN reconoce una serie de derechos que son respaldados y resguardados en el contexto de la mediación. Dichos derechos pueden agruparse en:

### 1) Derechos de Provisión

Está relacionado con los medios y condiciones necesarios para la sobrevivencia, desarrollo integral de los niños en sus dimensiones material, afectiva y moral, lo que se traduce en derecho a la vida, a la integridad física y psíquica. De igual forma se relaciona con los derechos de sustento, supervivencia y desarrollo en el caso que los padres no vivan juntos.

De igual forma, los derechos de provisión incluyen las obligaciones comunes de los padres relativas a la crianza y desarrollo (art.18 CDN); el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo y regular con los padres (art.9.3 CDN) y respeto a la vida privada y a la no injerencia arbitraria en su vida ni en la de su familia.

En nuestro país se ha ido realizando un progresivo reconocimiento de la mediación como forma de resolver los conflictos que emergen tras la ruptura de pareja, con el objetivo de ofrecer un espacio en el que sea posible establecer consensos y soluciones equitativas con miras a preservar y fortalecer los vínculos entre padres e hijos. Esto es ratificado por la promulgación de La Ley de Tribunales de Familia<sup>5</sup> que el capítulo referido a la Mediación Familiar, Art. 106 párrafo 2 establece: *"En el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, como los intereses de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar"*.

El rol del mediador es ser intermediario entre las partes, transformándose en el garante y representante de los intereses de los niños, cuya misión es reconducir las posturas personales de cada una de las partes para dirigir las y enfocarlas en la satisfacción de las necesidades de los hijos comunes.

Según lo antes expuesto podemos inferir que dentro de los objetivos que persigue la mediación familiar se encuentra, precisamente, el resguardo y protección de los derechos de los niños(as). De esta forma, tras la ruptura de pareja se busca que los padres logren fortalecer el subsistema parental en beneficio de la satisfacción de

---

<sup>5</sup> LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA, NUM. 19.968. *Diario Oficial* 30 de agosto de 2004.

las múltiples necesidades de los hijos y de proveer los recursos materiales, afectivos y morales que aseguren un adecuado desarrollo del niño.

En este sentido aparece como necesidad fundamental la mantención económica de los niños, los términos de su cuidado personal, crianza, educación, comunicación con el padre o madre que no vive con ellos se constituyen en temas sobre los que se trabaja en el contexto de la mediación.

## 2) **Derechos de Participación**

Relacionados con el conjunto de derechos que implican la consideración del niño(a) como agente o sujeto activo de los mismos; que se encuentra consignado en el Art. 12 CDN. Tal disposición está referida al derecho de los niños(as) a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten considerando edad y madurez. En este sentido el proceso de mediación también tiene considerada la posibilidad de que los niños efectivamente participen y emitan sus opiniones, intereses y necesidades durante el proceso. Esto refleja que la normativa legal no los trata simplemente como "cargas de familia" sino también ha intentado otorgarle mayor protagonismo a la figura del niño que históricamente había sido tratado desde una óptica asistencial.

En este sentido, existen distintas razones que afirman los beneficios que puede tener la participación de los niños en la mediación: personaliza al niño(a), permite que dé su opinión sobre los temas que los afectan, posibilita que los niños muestren su imagen a los padres. No obstante, dicha participación debe ser acordada y opcional, ya que también podría ser riesgosa cuando los padres no han logrado distinguir los roles y terminar por involucrar a los hijos en el conflicto, haciendo que se establezcan coaliciones dañinas con los padres.

## 3) **Derechos de Protección**

Se encuentra consignado en el Art.19 de la CDN, su objetivo es proteger a los niños de situaciones potencialmente dañinas para su desarrollo normal. Dicho artículo prescribe el derecho del niño a protección contra toda forma de violencia, prejuicio, abuso físico y/o mental, descuido o trato negligente.

Dentro de estos derechos también están considerados la protección, resguardo y garantía a favor de niños infractores de ley penal y garantías procesales para niños privados de libertad o sujetos a internación. De igual forma está dirigido a todos los niños que se encuentran separados de su medio familiar y que por su situación requieren protección y asistencia especiales.

En relación al derecho de protección, en el contexto del proceso de mediación uno de los objetivos transversales es empoderar y fortalecer las capacidades parentales de los padres, precisamente con el objetivo de que desplieguen las habilidades dirigidas a otorgar mayor protección y resguardo íntegro del niño(a).

El proceso de mediación en ruptura de pareja se constituye en una instancia cuyo objetivo es ayudar a que los padres separados puedan construir un tipo de relación que sirva a sus hijos, lo que no implica una reanudación de la vida en común, sino la búsqueda de una separación constructiva.

En el contexto de la mediación se trabaja en relación a los derechos de los niños(as) para determinar el futuro cuidado de los hijos, es decir, todas aquellas decisiones que afectan su crianza como son: lugar de residencia, acceso a ambos padres, educación, salud, entre otras; por ende la mediación tiene por objetivo primordial el resguardo de los derechos e intereses de los niños(as).

El mediador centra su atención y su trabajo en las necesidades de ambos padres y en las de sus hijos. Para ello una de las primeras tareas consiste en educar a las partes en su rol de padres, de manera que comprendan que la separación ocurre en relación al subsistema de pareja, en tanto que se espera permanezca funcionando el subsistema parental. Esto se constituye en aspecto fundamental que aborda la mediación y que está relacionado con la satisfacción y resguardo de los intereses de los niños, ya que es imprescindible que los padres logren separar los roles de padres respecto del de cónyuges, ya que la confusión de dichos roles se transformará en una amenaza para la posibilidad de establecer relaciones constructivas postseparación.

La confusión de roles, en muchas ocasiones, se traduce en que el enojo legítimo que cada uno de los miembros de la pareja mantiene hacia el otro, se dirige equivocadamente hacia el otro como padre. Por ende, este trabajo también pasa por fortalecer las competencias parentales y reforzar los aspectos positivos y constructivos ligados a la paternidad.

## DISCUSIÓN

La familia se constituye en el núcleo básico sobre la que se sustenta el desarrollo de los seres humanos. La mediación familiar como estrategia de resolución de conflictos, aplicada a procesos de ruptura de pareja, tiene un rol fundamental para el resguardo de los derechos de los niños(as). En este sentido se constituye en una oportunidad para el tratamiento de la diversidad de conflictos que surgen como consecuencia de la separación de la pareja y como herramienta de reorganización de la estructura familiar postseparación.

La disolución del subsistema de pareja puede poner en riesgo la continuidad del subsistema parental y la posibilidad de que los hijos dispongan de los recursos afectivos, materiales e interpersonales básicos para que se articule adecuadamente el proceso de desarrollo. En ocasiones, la pareja en proceso de separación inundada por la confusión, teme en el futuro no estar capacitada para sobrellevar con éxito las labores de crianza y adaptarse a la nueva estructura familiar. La mediación brinda herramientas dirigidas, precisamente a potenciar las habilidades de los padres, derribando sus creencias en torno a que tras la separación el sistema familiar no podrá volver a funcionar.

Al producirse la ruptura de pareja, la mediación permite el abordaje de los aspectos psicosociales, que no son considerados en la vía judicial. En gran parte de las ocasiones, luego de la separación, la madre queda a cargo de los hijos y el padre sale de la casa, sin que se le reconozcan sus derechos y deberes, más allá de los deberes de provisión. Esto se traduce, en muchas ocasiones, en que el padre intenta buscar afuera soporte emocional, ya que no se siente integrado ni reconocido como parte

importante en la vida de sus hijos. Lamentablemente, la vía judicial solo tiene por objetivo que el padre cumpla con su deber de pagar alimentos y visitar a sus hijos; sin estimar el impacto que tienen estos cambios en la dinámica familiar.

Al mismo tiempo, la madre que se queda a cargo de la crianza de los hijos resulta abrumada de responsabilidades que socialmente y posterior a la separación le son encomendadas a ella. Frente a este escenario el resultado final es madres sobrecargadas, padres que no cumplen con sus deberes e hijos que se les dificulta su desarrollo normal, debido a la desestructuración del sistema familiar.

En este escenario, la mediación promueve el ejercicio de la coparentalidad, donde ambos padres asumen la responsabilidad de la crianza de los hijos, lo que implica decisiones y problemas compartidos. El proceso de mediación otorga un modelo que debe ser reflejo de los intereses de cada padre en el mantenimiento de una relación continuada con los niños, junto con definir nuevos roles y estilos de funcionamiento. Simultáneamente, son consideradas las necesidades de los niños(as) donde el mediador actúa como un garante en la satisfacción de sus múltiples necesidades e intereses, siendo, de esta forma, resguardados y representados los derechos de los niños(as).

## REFERENCIAS

Cárdenas, E. (1998). *La Mediación en Conflictos Familiares*. Buenos Aires: Editorial Lumen

Constitución Política del Estado. Texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por Decreto Supremo N° 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2005, que incluye las modificaciones introducidas al texto constitucional por la ley N° 20.050.

Haynes, J. (2000). *Fundamentos de Mediación Familiar*. Madrid, España.: Editorial GAIA.

Ley de Tribunales de Familia, Num. 19.968. *Diario Oficial* 30 de agosto de 2004.

Marlow, L. (1994). *Mediación Familiar*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Granica.

Viveros, F. (2002). "Mediación Familiar y Derechos del niño. Una aproximación", en *Revista Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA*, volumen 3, 159-177.



# Tres problemas jurídicos asociados al control y supervisión de los mediadores familiares

Three legal problems on the control and supervision of family mediators

María Cecilia García Petit - Gloria Aguilera Lillo\*<sup>†</sup>

## Resumen

El presente trabajo revisa tres problemas jurídicos asociados a la evaluación del desempeño de los mediadores familiares sometidos al registro nacional de mediadores. Analizamos el estatus jurídico de estos profesionales destacando las falencias y lagunas de la legislación vigente y postulamos la necesidad de revisar el sistema de control y supervisión del trabajo de estos profesionales. Concluimos proponiendo; la elaboración de un estatuto que regule el actuar del mediador en el desempeño de sus funciones, la revisión a la actual aplicación de la mediación en cuanto procedimiento y la elaboración de un sistema de evaluación entre pares.

## Abstract

This paper reviews three legal problems associated with the evaluation of the performance of family mediators subject to the national register of mediators. We analyze the legal status of these professionals by highlighting the weaknesses and loopholes in existing legislation and postulate the need to revise the system of monitoring and supervising the work of these professionals. We conclude by proposing: the establishment of a statute regulating the action of the mediator in the discharge of their duties, the review in the current implementation of the mediation proceedings and in developing a peer review system.

**Palabras clave:** Mediación familiar, mecanismos de control, resolución alternativa de conflictos.

**Key words:** Family mediation, control mechanisms, alternative dispute resolution

---

\* La primera es Abogada, postulada en Mediación Familiar y Derecho de Familia por la Universidad Católica de Temuco, Abogada ayudante de las Clínicas Jurídicas de Litigación de la Universidad Católica de Temuco en Derecho de Familia y Pasante del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA. Correspondencia a la dirección postal: Manuel Montt #056, Campus San Francisco, Temuco y al e-mail: ceciliagarciapeit@gmail.com La segunda es Psicóloga, postulada en Mediación Familiar y Derecho de Familia por la Universidad Católica de Temuco y profesional del Centro de Mediación Comunitaria de la comuna de Villarrica, unidad dependiente del Plan Comunal de Seguridad Pública del Ministerio del Interior. Correspondencia a la dirección postal: Manuel Montt #056, Campus San Francisco, Temuco y al e-mail: g.aguileralillo@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

En Chile, a mediados de los años 90 se comenzó a explorar la implementación de un sistema de mediación familiar como un método alternativo de resolución de conflictos con el objetivo de brindar una salida extrajudicial a los conflictos familiares. En esos años, se proyectó una nueva forma de hacer que las personas en conflicto mejorasen sus relaciones interpersonales, colaboraran en lograr acuerdos con su contraparte (probablemente más satisfactorios que la solución impuesta por un tercero) y reiniciarán diálogo con quien, en muchas ocasiones, deberían relacionarse el resto de sus vidas.

Amparada inicialmente en la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil y luego en la Ley N° 19.689 de Tribunales de Familia, el objetivo de la mediación familiar era *“hacer que los procesos de justicia familiar fuesen más breves, menos traumáticos y más baratos”*, Barría (2008). Igualmente, al incorporar la mediación antes, durante o 5 días antes de finalizar un proceso judicial, se pretendió entregar (o devolver) protagonismo a las partes, en un acto que implicaba reconocer en los otros la capacidad de resolución mediante el diálogo, sin la necesidad de un tercero que deba resolver por ellos la situación problema. Se conforma entonces, según Candia (2006: 100), *“un sistema de autorregulación privada que puede ser subsidiaria al sistema judicial para el evento que se trate de materias susceptibles de ser mediadas”*. De esta manera, se promovieron relaciones familiares más igualitarias y el reconocimiento de los Derechos Humanos de todos los integrantes de un sistema familiar.

Transcurrida casi una década de su puesta en escena, varias han sido las modificaciones que jurídicamente se han incorporado a esta forma de resolución alternativa de conflictos. A partir de ellas, se acepta como verdadera la premisa de que al momento de instaurar cualquier nuevo sistema es absolutamente necesaria la introducción de modificaciones durante el proceso de puesta en marcha, por cuanto ello implica instalar nuevos procedimientos que exigen cambios en la cultura organizacional y funcional de muchos operadores jurídicos. Así, solo a partir de la experiencia es posible detectar, analizar y corregir los errores de diseño<sup>1</sup>.

Desde esta política de ejecución de la reforma, y sin la intención de hacer alusión a todos y cada uno de las dificultades que presenta la mediación familiar, se delimitará esta investigación en tres problemas jurídicos, los cuales se originan desde una cuestión central: el *‘control y supervisión de los mediadores familiares en Chile’*. El tópico en análisis se centrará en primer lugar, en el tratamiento legal que se le otorga al mediador, principalmente, respecto de la determinación y sanción de conductas estimadas como indeseables dentro de las competencias actitudinales del ejercicio del mediador (régimen sancionatorio)<sup>2</sup>. En segundo lugar,

---

<sup>1</sup> Tanto la Reforma Procesal Penal como la Reforma en Materia de Tribunales de Familia, requirieron de la introducción de modificaciones por parte del legislador (más comúnmente llamadas “las reformas de las reformas”) para corregir los inconvenientes y realizar ajustes a partir de su puesta en marcha.

<sup>2</sup> Denominación que diversas legislaciones de derecho comparado han entregado al control y supervisión de los mediadores, tales como Argentina en su Ley N° 24.573 y el Reglamento N° 91/98, en España Ley 1/2006, de Mediación Familiar de Castilla y León y Ley 1/2001, de Mediación Familiar de Cataluña y su Reglamento 139/2002, entre otras.

determinar los inconvenientes que presenta la aplicación de la mediación como procedimiento y, finalmente, analizar los mecanismos de evaluación del desempeño del mediador.

La elección de los problemas ha de tratarse de forma intencionada a partir de las modificaciones legales que se introdujeron al sistema, teniendo en cuenta que, en principio, la mediación familiar surge como una institución voluntaria, en el entendido de que las partes tenían el poder de decidir voluntariamente sobre el sometimiento del conflicto a un proceso de mediación. Así fue hasta octubre del año 2008. La Ley N° 19.968 (Ley de Tribunales de Familia) modificada por la Ley N° 20.286, impone a la mediación como proceso ineludible previo a la judicialización en los conflictos entre partes relativos a: cuidado personal, relación directa y regular, alimentos y aspectos previos al divorcio. De allí la necesidad acuciante de revisar los mecanismos de control y regulación de la actuación del mediador familiar en nuestro país.

## 1. ANTECEDENTES GENERALES

Por resolución alternativa de conflictos se entenderá como *“las herramientas de resolución de conflictos alternativas utilizadas antes de la oficialización de un juicio entre las partes”*, según lo propuesto por Ulloa (s.f.: s/p.) estos se presentan como: *“Métodos o formas no adversariales, que se caracterizan porque las partes actúan juntas o cooperativamente, ellas mantienen el control del procedimiento y acuerdan una solución que las beneficiará de igual manera. La decisión que pone fin al conflicto se basa en los propios intereses de las partes, sin importar la decisión jurídica o los precedentes legales”*.

Los sistemas que se contemplan dentro de los denominados MARC –según descripción realizada por la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, se destacan porque todos ellos son métodos autocompositivos, es decir, donde las propias partes son las que llegan a una solución y, además, todos ellos son mecanismos resolutivos por cuanto se utilizan para resolver un conflicto.

Según las definiciones más estandarizadas, la conciliación es un mecanismo no adversarial en el cual las partes actúan en forma conjunta en la búsqueda de opciones, existe una devolución del conflicto a las partes, pues ellas son las que controlan el contenido del proceso y acuerdan la decisión del asunto según sus intereses. Por su parte, la negociación es un proceso en el que dos o más partes, previo reconocimiento de sus diferencias, dialogan directamente y deciden llegar a un acuerdo sobre un asunto o disputa. Las partes pueden negociar frente a frente sin intermediarios. Se caracteriza por ser autocompositivo, voluntario, informal, flexible y está basado en el trabajo conjunto entre las partes, dirigido a resolver la controversia planteada (Escuela Judicial, 1999: 64). En tanto que el arbitraje es un procedimiento semejante a un juicio, en donde un tercero (el árbitro) decide sobre el caso, siendo el papel de las partes menos activo pues solo les cabe aceptar o impugnar la decisión. Sin perjuicio de lo anterior, para algunos autores, en el arbitraje las partes solo tienen el protagonismo activo al momento de elegir al árbitro que conducirá el proceso y las reglas son más flexibles que en un juicio y para autores como Caivano,

Gobbi y Padilla (2006) este método comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo pues la solución, impuesta por el tercero neutral se asemeja en sus efectos a una sentencia judicial. A su turno, la mediación, es *"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 sí 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"*. (Informe de la Biblioteca Nacional, 2003: s/p). Entre sus principales características se mencionan; la voluntariedad, la privacidad, la confidencial, la efectividad y la neutralidad. En Chile, sus ámbitos de aplicación actual son las materias laboral, familiar, penal y educacional.

Por mediación familiar se entiende 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"* (Art.103, Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia). Donoso y Levit (1997: s/p) plantean que la mediación familiar es un *"procedimiento no convencional y extrajudicial donde las personas involucradas colaboran directamente en la solución de sus propios conflictos mediante la construcción creativa de acuerdos con la ayuda de un tercero neutral que actúa como facilitador del proceso comunicacional, inserto en un espacio de intimidad y contención"*.

La Mediación Familiar como un método alternativo de resolución de conflictos permite, mediante, resolver conflictos surgidos en el seno del sistema familiar, restando campo de acción a la concepción individual, propia de nuestro derecho en que, y por una causalidad adversarial lineal, existe una víctima y un victimario, un inocente y un culpable, viéndose entonces fragmentado el interés de la familia como unidad y privilegiándose el litigio por sobre el acuerdo Candia (2006: 133). De acuerdo con este autor, la imputación de derechos y obligaciones está centrada en la familia como totalidad y a consecuencia de ello, ninguna solución a un conflicto podría importar la defensa de los derechos de uno y al mismo tiempo, el atentado a los interés del los otros; por ello desde la mediación se considera que las partes interactúan con causalidad circular, siendo por tanto las conductas respuestas a otras conductas y por ende las responsabilidades son substancialmente compartidas, lo que valoriza el acuerdo y desplaza al litigio.

Antes de iniciar el desarrollo específico del tema que nos convoca, creemos necesario hacer una breve mención a la legislación que rige la mediación en Chile. En este sentido, diremos que, la mediación en Chile se encuentra regulada en varios cuerpos normativos, el primero en tratar esta materia fue la Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947, promulgada y publicada en año 2004, posteriormente se dictó la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia, la cual comenzó a regir en nuestro país a partir del año 2005. Para la ejecución de estas leyes fue necesaria la dictación de reglamentos, en este sentido, tenemos en primera instancia el Decreto 673 del año 2004 sobre Normas reglamentarias sobre matrimonio civil y registro de mediadores, decreto que fue modificado por el decreto N° 957, denominado Reglamento para la ejecución de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, del año

2005. Finalmente, en septiembre de 2008, ha comenzado a regir en Chile la Ley N° 20.286 que introdujo importantes modificaciones a la mediación familiar. Como ya señalamos, la ley N° 19.947 –Ley de Matrimonio Civil–, fue la primera en regular la mediación en su párrafo 3°, de los artículos 71 a 79.

### 1.1. El mediador familiar

Según Amidolare (2009: s.p), el mediador familiar debe, necesariamente, efectuar una renuncia a su profesión de origen, en virtud de un imperativo ético. La cuestión de desligarse de la profesión originaria en pos del trabajo a realizar en un sistema de mediación exige entonces, la participación de profesionales que entreguen respuestas coherentes al nuevo ámbito o contexto de aplicación de conocimientos adquiridos en virtud de estudios especializados de nivel de postgrado. Por su parte, para Caivano *et al.* (2006: 211-212), el mediador es un tercero neutral encargado de manejar el proceso y colaborar con las partes en la búsqueda de soluciones consensuadas, que cumple una serie de funciones, tales como: favorecer el intercambio de información entre las partes, proveer de información adicional cuando es necesario, ayudar a que cada parte comprenda la perspectiva de la otra frente a un problema, manejar las diferencias de percepción que las partes naturalmente tienen haciendo que se legitime la percepción de cada una así como las diferencias de intereses en la relación “agente-principal”, brindar un espacio propicio para la expresión de las emociones y los sentimientos y cooperar con las partes en la creación de opciones o fórmulas probables de acuerdo que satisfagan sus intereses.

Con estas ideas a la vista podemos revisar el perfil ideal del mediador, según Suares (2002):

- a) Saber escuchar, la habilidad para generar confianza y credibilidad
- b) Capacidad de un adecuado control de la ira que le pueden generar ciertas situaciones.
- c) Ser cauto
- d) Contar con habilidades comunicacionales.
- e) Ser capaz de identificar y respetar los ritmos personales de cada parte, no apurando el proceso para avanzar de acuerdo a los tiempos de los participantes y no de acuerdo a los propios.
- f) Habilidades relacionadas con la capacidad de manejar información confidencial y mantener estricta reserva de ella.
- g) Poseer competencias para manejar el conflicto y otras reacciones emocionales como la angustia, la rabia y el temor que suelen presentarse en los modelos de mediación familiar.
- h) Ser conciliador.
- i) Contar con habilidades para el abordaje interdisciplinario de la temática familiar.
- j) Poseer la capacidad de mantenerse neutral, imparcial durante el proceso.
- k) Estar consciente de lo que sucede a nivel afectivo con cada una de las partes involucradas, así como también con la problemática a abordar en el proceso,

para poder evaluar en que situaciones esto pudiera afectar su desempeño y decidir, en consecuencia, la derivación del caso a otro profesional.

- l) Ser flexible, poseer habilidades relativas al replanteamiento y reformulación de las problemáticas que motivan las mediación, de modo tal de desechar ciertas actitudes negativas o enfoques inadecuados que pudieran entorpecer el proceso.
- m) Necesidad de encuadrar objetivos focales de trabajo.
- n) Capacidad de ser empático.
- o) Capacidad asertiva.

Para finalizar este apartado en relación al perfil profesional del mediador, el Proyecto de Ley de Mediación en Argentina<sup>3</sup> se proponen las siguientes: confiable, buen oyente, perceptivo, debe poseer capacitación específica y entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de una problemática, poseedor de una seria intención de ayudar, hábil para la comunicación, flexible, neutral, imparcial, sigiloso (respecto de la confidencialidad y de las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto) creativo, paciente y conciliador.

## 1.2. Evaluación de funciones, deberes y sanciones

Como es posible apreciar, el perfil creado por la bibliografía exige un profesional integral. Surgiendo la pregunta: ¿qué aspectos se deben evaluar? Primero, debemos recordar que el mediador es un ser humano en interacción con otros seres humanos que, al igual que las partes, cuenta con un todo bagaje cultural heredado en el que se incluyen ciertos juicios de valor y emociones ante determinadas situaciones. Por ejemplo, Suares (1997) nos habla de las emociones que surgen en un proceso de mediación entre los miembros del sistema familiar conflictuado. Ella pone especial atención en algunos factores clave al momento de hacer ingreso como un nuevo elemento a este sistema; cuestiones de género, características familiares, recursos personales de enfrentamiento del conflicto, el tipo de conflicto, las soluciones intentadas, entre otros. Todos ellos deben ser valorados por el mediador que recibe al sistema familiar pues de otra forma, podría sumarse al conflicto presente uno nuevo: aquel iniciado por el mismo mediador al traer sus propias emociones, percepciones y sistemas de valores al proceso de interacción familiar.

Según Suares (1997), por interacción se entiende "*a las acciones que se dan dentro de una relación*" por tanto el concepto se puede indicar que, dentro de los ejes de un proceso de mediación se construyen procesos interaccionales comunicantes en donde el eje de la mediación se conforma desde un conflicto que surge en un sistema privado, que luego se hace público una vez que ingresa al sistema judicial y desde donde es derivado (voluntad de las partes mediante) al proceso de mediación. En este contexto general, es en donde se genera un nuevo subsistema compuesto por las partes en disputa y el mediador. Se conforma así, una triada dialógica, que se

---

<sup>3</sup> Proyecto de la Ley N° 24.573 sobre Mediación Familiar.

puede ver alterada por conflictos intrapersonales, entendiéndose estos como conflictos surgidos desde el mundo interno, íntimo y/o privado del mediador, y que atañen directamente a su desempeño profesional pues perjudican la neutralidad de este como tercer participante del sistema, su capacidad de escucha activa y su habilidad de trabajar con las partes para llegar a una solución equitativa.

La función específica a desarrollar por un mediador familiar se funda principalmente en constituirse como un tercero neutral que ayuda a quienes están en conflicto ¿cómo? Por medio de la identificación de los asuntos en disputa y de la exploración de soluciones posibles, aceptables y beneficiosas para las dos partes en conflicto. Sin perjuicio de lo cual, *“esta o cualquier otra definición sobre la función del mediador fallan al no mencionar la gama dinámica de estrategias y técnicas que un mediador emplea deliberadamente cuando intenta reorientar las posiciones para lograr un acuerdo”* Highton y Álvarez (1995: 333).

En lo relativo a la formación del mediador familiar, se exige una instrucción en que se contemple y respete las destrezas y conocimientos previos, sin embargo se debe tener en cuenta que estas son parte del desarrollo personal del mediador y si bien pueden ser de utilidad para una definición del estilo personal es imperioso que este aprenda *“a reconocer y utilizar sus habilidades, debiendo capacitarse para desarrollar estrategias conducentes y, de igual modo, conocer a fondo las reglas esenciales y específicas que el procedimiento de mediación lleve aparejadas”*, Highton y Álvarez (1995: 335). Así, en la capacitación del mediador se deben considerar; la revisión de contenidos teóricos y prácticos, como la relación de pasantías en las que el estudiante participar activamente de forma progresiva.

El Centro de Resolución Alternativo de Conflictos CREA, postula en este punto que *“las actividades de entrenamiento, versan sobre el manejo de entrevistas, técnicas de acercamiento de las partes, dramatización de al menos un proceso de mediación en todas sus etapas. Todo ello complementado con los conocimientos teóricos básicos imprescindibles para el desempeño de la función”* coronándose lo anterior con el énfasis situado en la calidad de tercero neutral preparado para llevar a cabo el proceso de mediación en que las soluciones logradas por las partes sean satisfactorias y aceptables por estas”. Por su parte, Highton y Álvarez (1995:335) señalan que en sus inicios en la práctica mediadora *“el aprendiz de mediador estudiará y practicará técnicas bajo la forma de dramatizaciones y role-playing, para incrementar sus habilidades de escucha y negociación, para revelar sus propios prejuicios, para aprender a detectar conflictos interpersonales ocultos o subyacentes, pues serán estas capacidades que necesitará luego para ayudar a resolver disputas reales”*. Agregan las mencionadas autoras que el mediador aprendiz debe completar una primera fase de entrenamiento en el cual debe aprender y aprehender de las técnicas a usar, de su paso en comediaciones la experiencia obtenida sobreviene de la observación *in situ* que realiza de los mediadores expertos que conducen el proceso de mediación y que lo llevan a conocer diferentes estilos de mediación, siendo su primer contacto con asuntos que se manifiestan en el ejercicio de la especialidad. Un último punto se conforma cuando el aprendiz puede realizar mediaciones observado por un mediador experto quien será el encargado de evaluar las técnicas utilizadas, el estilo personal y adecuación del futuro mediador al contexto mediación.

Siguiendo a Sara Cobb, citada por Suares (2002), y tomando la idea desde la reunión de equipo propuesta por Andersen, quien plantea que el trabajo del mediador si no es realizado en forma de mediaciones o en un equipo de cuatro mediadores es indispensable que el aprendiz pueda utilizar algún recurso que le permita revisar el proceso. Pero entonces, ¿desde dónde se puede evaluar el trabajo del mediador? Tenemos algunas sugerencias: desde el trabajo en '*solitario*' o el trabajo en equipos, desde la conversación o análisis después de terminada una sesión, desde un proceso reflexivo de cómo se llevó el proceso, desde una revisión de nuestras propias emociones surgidas a partir del emocionar del otro, o sea, desde nuestras resonancias en las historias que se comparten en una o varias sesiones de mediación.

## 2. LA DETERMINACIÓN Y SANCIÓN DE CONDUCTAS ESTIMADAS COMO INDESEABLES DENTRO DE LAS COMPETENCIAS ACTITUDINALES DEL EJERCICIO DEL MEDIADOR (RÉGIMEN SANCIONATORIO)

En lo relativo al control de los mediadores, la Ley N° 19.947 en su artículo 78 estableció que sería un reglamento el que regularía este aspecto, dicho reglamento fue el Decreto N° 673 que reguló el tema específico del control de mediadores y el procedimiento sancionatorio en sus artículos 47 a 67. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, se dictó un nuevo Reglamento –N° 957– que modificó el anterior derogando los artículos pertinentes a la mediación contenidos en la Ley de Matrimonio Civil, así como las normas contenidas en el Decreto N° 673 que la operativizaba.

En la nueva ley que creó los Tribunales de Familia, las causales de eliminación del registro de mediadores, así como las sanciones sufrieron importantes variaciones en relación a la normativa anterior, en primer lugar, fueron modificadas las causales de eliminación del registro, sustituyéndose las letras c) y d), por las siguientes: c) Pérdida de los requisitos exigidos para la inscripción, decretada por la Corte de Apelaciones respectiva. d) Cancelación de la inscripción, decretada por la Corte de Apelaciones respectiva. En segundo lugar, los mecanismos de control contenidos en los artículos 47 y siguientes del Decreto 673, con sus respectivas modalidades de Informes, reclamos e Inspecciones; lo relativo a las sanciones e infracciones; así como el procedimiento sancionatorio regulados en este reglamento fueron sustituidos por el actual artículo 113 de la Ley de Tribunales de Familia, el cual entregó el régimen sancionatorio a las Cortes de Apelaciones respectivas.

En mérito de lo antes expuesto, se presenta el primer problema propuesto en este trabajo, por cuanto el cambio normativo que ha sufrido el control y la aplicación de sanciones ha sido fundamental. Decimos esto, toda vez que, en una primera instancia, el control de los mediadores en Chile, así como el procedimiento sancionatorio en caso de infracciones por parte del mediador registrado en el registro de mediadores, estuvo entregado al Poder Ejecutivo, específicamente al Ministerio de Justicia, el cual contaba con un procedimiento muy detallado para cumplir con sus objetivos; sin embargo, con las modificaciones que se introdujeron a este tema, esta

materia ha sido entregada a otro de los poderes de Estado, la sede judicial, dejando solo el cumplimiento a la sede administrativa, cual es, el Ministerio de Justicia.

Lo anterior deviene en otro problema asociado, toda vez que el Decreto N<sup>o</sup> 673 establecía una serie de conductas estimadas como indeseables en el actuar del mediador, sin embargo, tales conductas descritas fueron derogadas con el cambio normativo y no fueron recogidas por las normas modificatorias. Podemos señalar al respecto que solamente han sido descritas medianamente en las bases de licitación que convoca a los centros de mediación a participar en la misma (Ministerio de Justicia, 2008). De un análisis de ellas se puede concluir que están establecidas más bien como causas de incumplimiento de contrato (desde la perspectiva del centro que se adjudique la licitación), pero no como un estatuto de conductas de la persona del mediador en su desempeño, en cuanto lo conminen a no actuar de determinada forma estimada como indeseable por dicho estatuto y por ende sancionada.

Creemos indispensable que si se establece un procedimiento sancionatorio, deben quedar absolutamente claras las conductas sancionables, tanto para aplicar el procedimiento correctamente, así como para que los centros de mediación licitados y los mediadores busquen fórmulas de capacitación y perfeccionamiento que impidan incurrir en dichos actos.

Finalmente, si bien las bases de licitación establecen esta suerte de listado de conductas, dichas bases son publicadas a través del portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl) y tienen acceso a ellas los centros de mediación que desean participar en el proceso de licitación y los mediadores con la misma finalidad, pero ello pierde de vista a los usuarios de la mediación, ya que ellos como usuarios finales son en definitiva quienes deberían tener conocimiento de cuales conductas se estiman deseables o no en la persona del mediador en el marco del desempeño de sus funciones como tal.

### **3. APLICACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PROCEDIMIENTO**

Actualmente, en un porcentaje muy elevado son los Tribunales de Familia los que derivan las causas a los centros de mediación licitados, cuando estas constituyen materias de mediación obligatoria según lo prescrito por la ley. Del mismo modo, estas mediaciones no espontáneas son fijadas en cuanto a su fecha y hora por el mismo tribunal.

Es del caso, que con el incremento de causas ingresadas a los centros, la periodicidad en que se suceden las sesiones de mediación se ha acelerado al punto de dejar un margen muy estrecho entre una sesión y otra. Lo anterior ha generado una suerte de modificación de lo que entendemos por proceso de mediación, tanto en sus aspectos formales como en las técnicas y formas que de común debe ceñirse el mediador.

Esto se explica ya que al ser tan restringidos los tiempos entre sesión, no es posible para el mediador hacer uso de las diversas técnicas de mediación e impide absolutamente abordar otras problemáticas que afecten a los mediados, es decir, debe procurar acotar el proceso a la materia por la cual fueron derivadas las partes.

Creemos que esta situación desvirtúa lo que conocemos por objetivos de la mediación; el nuevo sistema impulsa al mediador a dejar fuera otros objetivos distintos del acuerdo, tales como: búsqueda del problema de fondo entre las partes, restablecer los canales de comunicación entre los mediados y en lo posible regular no solo la materia que los convoca sino otras más, todos en miras a obtener un acuerdo sostenible en el tiempo.

A esta situación actual del sistema, debemos agregar el hecho de que solo se pagan a los centros de mediación licitados las causas que logren un acuerdo y se abona un 20% a aquellas causas que son frustradas pero con comparecencia de ambas partes.

Como consecuencia de lo anterior, creemos que este aspecto económico podría incidir negativamente en el desempeño de los mediadores, ya que podrían verse tentados a forzar a las partes a lograr un acuerdo<sup>4</sup>.

Fundamentamos lo anterior, en el hecho de que se ha convertido en un aspecto recurrente del nuevo sistema de aplicación de la mediación, que las partes no concurren al centro y luego de dos citaciones (según corresponda), los mediadores deben proceder a frustrar la causa y por ende no reciben retribución alguna por sus gestiones en estos casos. Se debe tener presente que en muchos casos las partes no están interesadas en recurrir a esta forma de resolución alternativa de conflictos, pero se encuentran obligadas a hacerlos por ser una ley que así lo prescribe.

No pretendemos señalar que la mediación previa y obligatoria sea un sistema equivocado, ya que son muchos los casos que no llegarían a esta instancia, incluso por desconocimiento si no fuera de este modo, simplemente creemos que con las prácticas actuales, se ha desvirtuado el proceso tal y como lo conocemos y el aspecto económico podría tiranizar el sistema, sobre todo si esta forma de aplicación no va acompañada de un sistema adecuado de control y supervisión de los mediadores. En el mismo sentido, se ha señalado que el proceso de mediación es menos costoso que la judicialización de los casos, pero se advierte que

*...sin embargo, aun cuando en términos generales un proceso mediado sea menos costoso que uno llevado a tribunales, de todas formas el éxito de la misma no se debe medir solo en función de estos ahorros implícitos, pues en tal caso –al forzar los acuerdos de mediación– se podría llegar a situaciones no deseables: muchas mediaciones exitosas pero con acuerdos poco satisfactorios, incluso para ambas partes. Respecto de la calidad del servicio, solo mencionar que el éxito de la mediación no necesariamente está dado por la existencia en sí de un acuerdo entre las partes. En efecto, la existencia de un acuerdo firmado puede estar asociado, eventualmente, a (i) cierto tipo de coerción que el mediador haga a las partes para lograr la firma de estas, o bien (ii) a la existencia de materias endógenas que el mediador pueda crear*

---

<sup>4</sup> Opinión similar mantiene el Colegio de Mediadores de Chile, por cuanto estiman que el Ministerio de Justicia ha privilegiado la obtención de un acuerdo para obtener un pago y no fortalecer la mediación como proceso. Carta abierta a los mediadores de Chile publicada en agosto de 2009, por Mauricio Vargas C., miembro del Directorio del Colegio de Mediadores de Chile A. G.

*en forma artificiosa con el fin de favorecer la evaluación futura de su causa...*" (Ministerio de Justicia, 2008).

#### 4. MECANISMOS DE EVALUACIÓN DEL ACTUAR DE LA PERSONA DEL MEDIADOR

La mediación familiar en Chile surge al amparo del sistema judicial, ente que ha establecido una serie de principios que caracterizan el proceso mismo. Candía (2006: 133) informa que *"los principales principios de mediación que se consagraban en el Proyecto de Ley eran el de igualdad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad"*. Directamente relacionados con la persona del mediador en ejercicio resultan los principios de confidencialidad e imparcialidad, el primero de ellos implica que *"nada de lo dicho por cualquiera de los participantes en la mediación durante el desarrollo de esta, podrá invocarse o incorporarse como medio de prueba, ni a título alguno en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de hacerlo. Salvo en el caso que se tome conocimiento de situaciones de maltrato en contra de menores de edad o incapaces, a propósito del desarrollo de la mediación"*, Candía (2006: 133), todo lo anterior amparado por el secreto profesional. Siguiendo con el mismo autor, señala que *"por imparcialidad, se dice que los mediadores deben serlo respecto de los participantes, y si esta se viera afectada por cualquier causa, deberán rechazar, justificándose ante el tribunal que corresponda"* (134).

En relación al grado de responsabilidad del mediador como comunicador de las características de la mediación se ha observado una fuerte contradicción. En efecto, según lo referido por Murillo, Prüss, Urrutia y Vejar (2001), en la identificación que realizan las personas del rol del mediador, *"la mayoría de los informantes no logran identificar el rol del mediador tal y como lo describe la teoría, es decir, como aquella persona que no propone bases para el acuerdo y quien solo es un facilitador del proceso"*.

De lo anterior se puede deducir que, si bien la mediación ha tratado de implementarse como un método alternativo de resolución de conflictos aún persiste cierto grado de desconocimiento en lo relativo al proceso en sí y al papel que desempeña un mediador familiar. Ahora, se podría suponer que siendo los centros de mediación licitados los llamados a recibir usuarios derivados por vía judicial, sean los tribunales quienes deberían *"supervisar de manera continuada la actuación de los mediadores a quienes remitan causas y deben cerciorarse de que su actuación sea siempre de alta calidad"* Highton y Álvarez (1995: 356).

Los centros licitados de mediación familiar, desde un plano organizacional, buscan la excelencia del servicio a través de la formación de equipos de trabajo eficaces y eficientes; es desde esta necesidad que la capacitación permanente permite planificar mejoras en niveles deficitarios que contribuyan a la misión y visión planteadas desde la organización, pero una necesidad de capacitación y actualización de los aprendizajes requiere de un diagnóstico que dé cuenta precisamente de las áreas a potenciar. Cruz (2008) señala que trabajar en equipo es fundamental para sostener el proceso de mediación. El mediador depende y necesita de otras personas

en su quehacer, la supervisión puede ser una tarea más para mejorar la calidad de su trabajo y sostener su formación.

Primero, al tratar de implementar un sistema formal de evaluación se debe establecer si se realizará la evaluación misma considerando si las dimensiones posibles guardan relación directa con el desempeño del evaluado o de los resultados como producto final en un proceso de mediación, o ambas. Segundo, una vez determinados los criterios de evaluación corresponde el siguiente paso que permita determinar quién cumplirá con el rol de evaluador, la propuesta de la investigación se inclina por un sistema de evaluación entre pares o iguales pues y como menciona Love (1981) citado por De Quijano de Arana (1997: 97) se ha hallado "que la evaluación entre iguales generaba resultados confiables y válidos, sin que estos fueran distorsionados por la amistad", agrega —citando a Siegel (1982)— que se ha "*encontrado una alta confiabilidad entre los juicios de los supervisores y los de los compañeros*". Continúa De Quijano destacando la utilidad de las evaluaciones entre pares por cuanto pueden ser llevadas a la práctica tanto desde la aplicación conjunta con evaluaciones llevadas a cabo por supervisores como por sí sola, recalca la importancia de realizar una retroalimentación de los resultados obtenidos con objetividad, indica que cumplidas los dos requisitos mencionados "*permiten incluso ser utilizadas como técnicas para modificar las actitudes, y generar cambios de conducta positivos*" (p.98).

## 5. CONCLUSIONES

Si bien este apartado se denomina conclusiones, hemos querido hacer recomendaciones o si se quiere, proponer vías de solución a los problemas descritos.

En cuanto al primer problema asociado al control y supervisión de los mediadores, es decir, la determinación y sanción de conductas estimadas como indeseables dentro de las competencias actitudinales del ejercicio del mediador, proponemos la creación de un estatuto de conductas; una suerte de código deontológico que regule cada una de las acciones o actitudes de la persona del mediador en su desempeño en cuanto a tal, que puedan ser estimadas como indeseables y por ende sancionables por parte de la autoridad que corresponda.

Resolver éste problema implica mayor transparencia del sistema tanto para la persona del mediador quien sabrá exactamente qué tipo de conductas debe evitar y conocerá la posible sanción como para, los centros de mediación, que podrían tomar acciones tendientes a evitar dichas prácticas, fortaleciendo aquellas áreas que puedan diagnosticarse como débiles y potenciando a sus mediadores en los aspectos más desarrollados. Además, los usuarios de los centros tendrían conocimiento respecto de qué conductas esperar (o no) de parte de los mediadores posibilitando la denuncia de aquellos casos que contravengan el estatuto.

Respecto de la aplicación del procedimiento de mediación familiar, proponemos la revisión de los aspectos ya señalados. La actual forma de aplicación de la mediación; previa, obligatoria, la forma de las sesiones de mediación así como de los aspectos económicos asociados a la mediación pueden devenir en la '*tiranización*' del sistema y la consiguiente desnaturalización de la mediación en tanto institución.

El sistema actualmente funciona con una orientación 'al acuerdo' que asemeja a la figura de la conciliación u a otro método de resolución alternativa de conflictos y esta desnaturalización debe ser considerada al momento de regular la dinámica del procedimiento.

Para finalizar, y apoyando la evaluación del rol de mediador entre pares, creemos necesario recurrir al establecimiento de un instrumento de evaluación que permita al par evaluador cumplir correctamente con su cometido. Esta es la única forma de que el mediador evaluado tenga claridad y certeza respecto de cuáles son los criterios o estándares evaluados y cuál será el nivel de logro que necesita alcanzar para que dicho criterio sea calificado como satisfactorio. Lo mismo ocurre desde la perspectiva del evaluador quien conocerá de antemano qué se espera de su labor.

Además, la evaluación por pares permite morigerar el impacto del resultado (acuerdo) en la medición del desempeño del mediador evaluado, pues solo los profesionales que poseen conocimientos, preparación y destrezas similares pueden abstraerse del impacto de las estadísticas de acuerdos logrados y concentrarse en el valor del proceso cuestión que resulta central en la mediación familiar.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### 6.1. Libros

Caivano, R. Gobbi, M. y Padilla, R. (2006). *Negociación y Mediación instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: AD-HOC.

De Quijano de Arana, S. (1997). *Sistemas efectivos de evaluación del rendimiento: Resultados y desempeños para la gestión y desarrollo del personal*. Barcelona: EUB, SL.

Highton, I. Álvarez, G. (1995). *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: AD-HOC.

Love, K.G. (1981). "Comparison of peer assessment methods: Reliability, validity, friendship bias, and user reaction". En De Quijano de Arana, S. (1997) *Sistemas efectivos de evaluación del rendimiento: Resultados y desempeños para la gestión y desarrollo del personal*. Barcelona: EUB, SL.

Siegel, L. (1982). *Paired comparison evaluations of managerial effectiveness by peers and supervisors*. En De Quijano de Arana, S. (1997). *Sistemas efectivos de evaluación del rendimiento: Resultados y desempeños para la gestión y desarrollo del personal*. Barcelona: EUB, SL.

Suares, M. (1997). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.

\_\_\_\_\_ (2002). *Mediando en materias familiares*. Buenos Aires: Paidós.

## 6.2. Tesis

Candia, R. (2006). *La mediación y los Tribunales de Familia*. Memoria de Título para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile.

Murillo, S. Prüss, C. Urrutia, M.J. Vejar, Y. (2001) *Impacto comunicativo y de aprendizaje de la mediación en los sistemas familiares. Análisis de una experiencia*. Tesis para optar al Título de Asistente Social. Temuco, Universidad Católica de Temuco.

## 6.3. Documentos electrónicos

Amidolare, A.M: (2009). *La mediación como profesión*. En revista La trama, 26. Disponible en: <http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/revista/data.php?id=175>. Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Barría, R. (2008). *El auge y los problemas de la mediación en Chile*. Artículo publicado en "El Mercurio", domingo 17 de febrero de 2008. Disponible en: [www.emol.cl](http://www.emol.cl)

Cruz, M. (2008). *Crónica de la práctica de supervisión en mediación familiar, II Congreso Internacional de Mediación y Convivencia, Gandía*. Disponible en: [http://www.mediacionyconvivencia.es/pdf/Cronica\\_de\\_la\\_practica\\_de\\_supervision\\_en\\_mediacion\\_familiar.pdf](http://www.mediacionyconvivencia.es/pdf/Cronica_de_la_practica_de_supervision_en_mediacion_familiar.pdf)  
Fecha ingreso: 10 de septiembre de 2009.

Donoso, P. Levit D. (1997). *La Práctica de Mediación en Centros Institucionales desde la perspectiva de los mediadores, a tres años de su inicio en Chile*. Disponible en: [http://www.oas.org/legal/spanish/osaj/res\\_conflictos\\_remja\\_2002.doc](http://www.oas.org/legal/spanish/osaj/res_conflictos_remja_2002.doc). Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Ulloa, M. (s f). *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*". Revista del Colegio de Abogados de Concepción. Disponible en: [www.colegioabogadosconcepcion.cl](http://www.colegioabogadosconcepcion.cl)  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Bases de licitación de contratación de servicios de mediación familiar. (2009). Disponible en [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl)  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Escuela Judicial. (1999). *Unidad Alternativa de Resolución de Conflictos*. San José de Costa Rica, Citado por Corporación de Asistencia Judicial. Disponible en: [www.cajmetro.cl](http://www.cajmetro.cl)

Ministerio de Justicia. (2008). *Informe Final: versión corregida y aumentada Licitación de servicios de mediación 759-770-OC08*. Departamento de Economía Universidad de Chile Santiago, 10 de junio de 2008. Disponible en: [http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Upload/SPDOcs/EST\\_5.pdf](http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Upload/SPDOcs/EST_5.pdf)  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Vargas, M. (2009). *Carta abierta a los mediadores de Chile*. Colegio de Mediadores de Chile. Disponible en: [http://www.colegiodemediadores.cl/muestra\\_notia.php?id=33](http://www.colegiodemediadores.cl/muestra_notia.php?id=33)  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

#### 6.4. Textos legales

Decreto 673 sobre Mediación Familiar, extraído de página Biblioteca del Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl>.  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Decreto 957 sobre Mediación Familiar, extraído de la página del Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl/leyes/241260>.  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Ley 19.947 Sobre Matrimonio Civil, extraída de la página del Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl>.  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

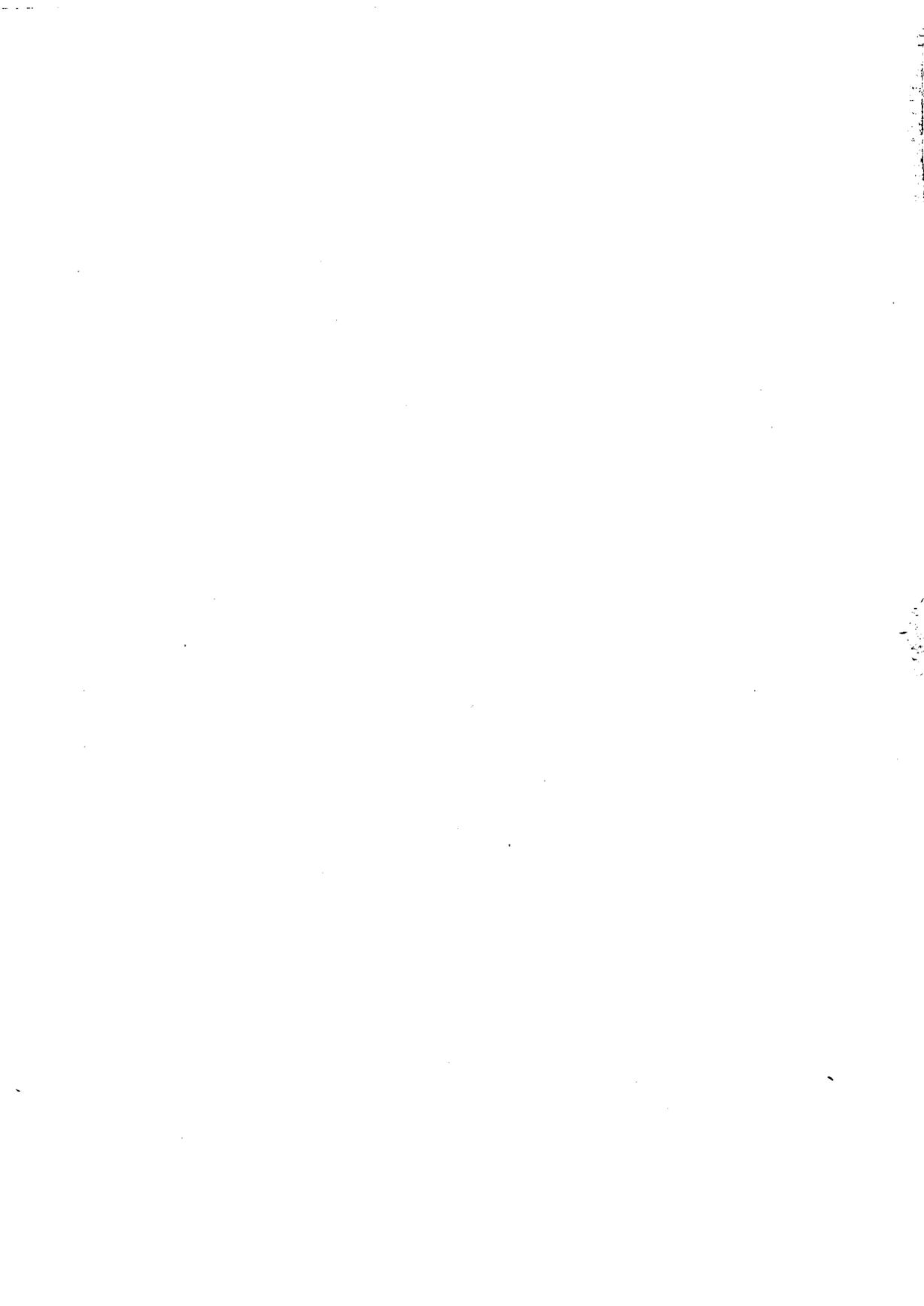
Ley N° 19.968 Sobre Tribunales de Familia, extraída de la página del Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl>.  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

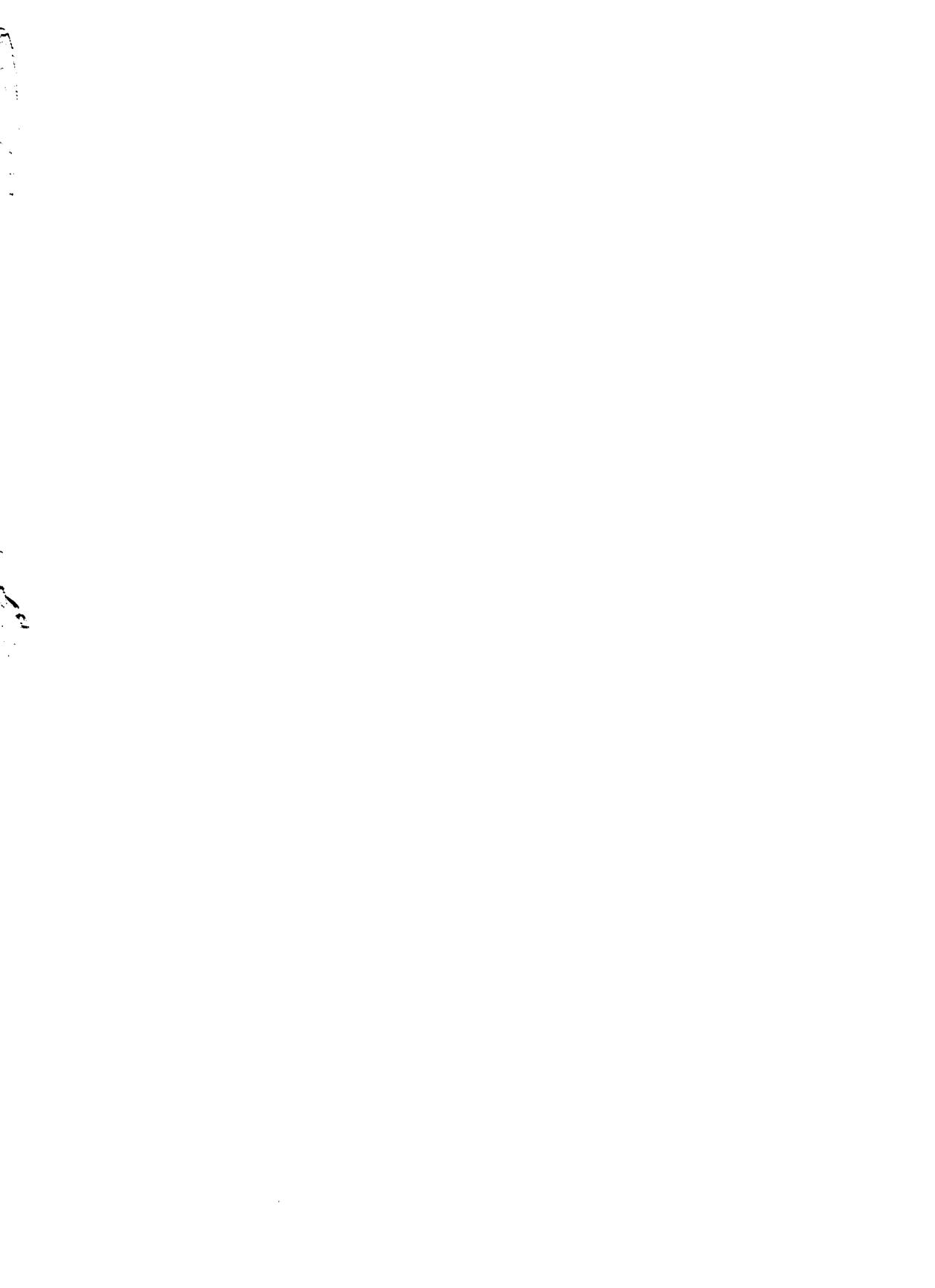
Ley 20.286 que modifica la ley 19.968, extraída de la página de Congreso Nacional, Disponible en: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/original/277775.pdf>.  
Fecha ingreso: 19 de septiembre de 2009.

Ley 1/2006 sobre Mediación familiar en Castilla y León, extraída en Boletín Oficial del Estado, Disponible en: [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2006/07837](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2006/07837).  
Fecha ingreso: 03 de enero de 2009.

Ley 01/2001 sobre Mediación de Cataluña, extraída de Noticias Jurídicas, Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/CCAA/ca-l1-2001.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-l1-2001.html).  
Fecha de ingreso: 03 de enero de 2009.

Ley 24.573 sobre Mediación Familiar en Argentina, extraída en Portal Bioceánico, Disponible en:  
[http://www.portalbioceanico.com/re\\_legnac\\_soceind\\_mediacion\\_ley24573\\_docs02.htm](http://www.portalbioceanico.com/re_legnac_soceind_mediacion_ley24573_docs02.htm) Fecha ingreso: 03 de enero de 2009.







UNIVERSIDAD  
CATOLICA DE  
TEMUCO

---

Facultad de Cs. Sociales y Jurídicas  
Escuela de Derecho

