



UNIVERSIDAD DE  
TALCA

**FACE**

**Facultad de Ciencias Empresariales**

## **La mediación en el proyecto de ley de juzgados de familia**

**Rodrigo Barcia L.**

**Victor Nocetti N.**

**Año 2004, N°2**

### **Comité Editor**

Miguel Bustamante Ubilla  
Patricia Rodríguez Cuéllar  
Rodrigo Saens Navarrete  
Martin Schaffernicht Schmidh

La **Serie Documentos Docentes** (ISSN 0717-9537) es una publicación de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad de Talca (Chile)

Director: Germán Lobos Andrade Dirección: FACE - Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad de Talca, Av. Lircay s/n, Casilla 721, Talca, Chile. Teléfono: 56-71-200330, Fax: 56-71-201529. E-mail: [globos@utalca.cl](mailto:globos@utalca.cl)

Representante legal: Prof. Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector Universidad de Talca. Dirección: 2 Norte 685, Talca, Chile.

### **Internet**

Universidad de Talca (Chile): <http://www.utalca.cl>  
Facultad de Ciencias Empresariales: <http://face.utalca.cl/>  
College of Business Administration: <http://digweb.utalca.cl/ingver/english%20version.htm>  
FACE Serie Documentos Docentes: <http://www.face.utalca.sdd/>

## **FACE SDD**

## **Serie Documentos Docentes**

### **Universidad de Talca**

Dos Norte 685

Casilla 721 Talca CHILE

<http://www.utalca.cl>

# LA MEDIACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE JUZGADOS DE FAMILIA<sup>1</sup>

## *The mediation in the bill of Tribunals of Family*

Rodrigo Barcia L.<sup>2</sup>, y Víctor Nocetti N.<sup>3</sup>

**RESUMEN.** Este artículo tiene por objetivo específico aplicar el modelo de negociación de Harvard a la mediación del Derecho de Familia, además de analizar algunos aspectos generales de la negociación y mediación en dicho campo. Asimismo, se abordan algunos aspectos de interés en torno a los proyectos de Ley de Juzgados de Familia y Matrimonio Civil con relación a la mediación. El trabajo está estructurado en tres partes. La primera parte analiza aspectos relevantes que el mediador debe tener presente en toda negociación, abordándose los modelos de negociación, el proceso de negociación y el modelo de *Harvard* de negociación. En la segunda parte se estudian aspectos generales de la mediación, para posteriormente aplicar concretamente el modelo presentado en la primera parte a la mediación, incluyendo ejemplos y aplicaciones concretas en el Derecho de Familia, como la determinación del Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado (MAAN) o de la Peor Alternativa al Acuerdo Negociado (PAAN). Además, se muestran las convergencias de las ideas que provienen del campo del Derecho y las que son propias de una Escuela de Negocios. Por último, tercera parte se ocupa de algunos aspectos relevantes en torno a la mediación en los Proyectos de Ley en actual tramitación en el Congreso sobre Juzgados de Familia y de Matrimonio Civil y se desarrollan algunas conclusiones.

**Palabras clave:** negociación y mediación, modelo de *Harvard*, Matrimonio Civil

**ABSTRACT.** This article has been written to analyze the references of the bills of Family and Civil Marriage to the mediation. Also a practical application of the *Harvard* Business School is made to show the relation between negotiation and mediation. This paper is formed by three parts. The first one analyzes the advantages of the mediation in relationship to both the judicial road and the reconciliation. The characteristics of the mediation and their nature is analyzed with regard to a negotiated agreement. The functions and stages of the mediation are also developed. The second part shows a practical application of *Harvard's* Negotiation Theory. Other close examples are pointed out and a state-of-the art literature is also reviewed. Besides that, relevant aspects of *Harvard* Negotiation Theory, like BATNA or WATNA, are studied. This is an interdisciplinary vision that mix up experiences from both Law and Business. Finally, the third part points out the most relevant issues of the Project of Tribunals of Family and the Law of Civil Marriage regarding the extension of the mediation in the Right of Family as nullity, divorce and separation.

**Key words:** negotiation and mediation, *Harvard's* Theory, Civil Marriage

## **PRIMERA PARTE: DE LA NEGOCIACIÓN A LA MEDIACIÓN**

“Si no conoces a tu enemigo ni tampoco a ti mismo; es muy probable que en cada batalla estés en peligro. Si te conoces a ti mismo pero no a tu enemigo, tienes las mismas chances de ganar o perder. Pero si te conoces a ti mismo y también a tu enemigo ni en cien batallas estarás en peligro” (GRIFFITH, 1971). Esta frase pronunciada hace 2500 años muestra que no es fácil ¡ganar cien batallas de cien!. Hay que tener disposición a aceptar los puntos de vista de la contraparte, tener claro qué se quiere y saber cuándo ceder. Hoy en día todas estas ideas genéricas se cubren desde la perspectiva de la negociación (eso implica saber negociar). El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, de la Real Academia Española, (22ª ed., p. 1.000 y 1.066), define estos conceptos de la siguiente manera: Mediante la negociación se ajusta el traspaso, cesión o endoso de un vale, de un efecto o de una letra o en otras palabras a través de la negociación se procura la mejor solución de las disputas de asuntos de derecho público o privado. La negociación es la acción y efecto de negociar. También es posible definir a la negociación como los tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto. Resulta fundamental, entonces, entender que un administrador o ejecutivo debe tener buenas capacidades para negociar. La negociación es una herramienta de gran aplicación práctica, un estudio, MINTZBERG (1973), demostró que uno de los principales roles de los administradores es el de *negociador*, que surge cuando el administrador debe entrar en negociaciones con otros grupos u organizaciones como

representante de la empresa. Este rol tiene una importante connotación interna, como cuando el administrador debe mediar en una disputa o negociar entre áreas funcionales por el requerimiento de mayores fondos. Por otra parte la importancia de esta función queda también destacada de manera clara por la profesora MOSS KANTER (1989) cuando señala “el ejecutivo de hoy debe ofertar, negociar y vender ideas como cualquier otro político”.

En definitiva se pueden definir a las negociaciones como procesos a través de los cuales dos o más partes tratan de reducir o terminar un conflicto entre ellos. La negociación puede ser definida en mejor términos, conforme a las siguientes características básicas (WARE, 1980): (a) En ella necesariamente se ven involucradas dos o más partes. (b) Las partes tienen intereses diferentes con respecto a uno o más aspectos. (c) Al mismo tiempo, sin embargo, las partes comparten un interés de lograr acuerdos y, a menudo, tienen otros intereses comunes. (d) Por ello la negociación involucra el voluntario intercambio de uno o más recursos específicos o la resolución de un aspecto, o aspectos intangibles. (e) Finalmente, la negociación es un proceso secuencial en el cual las partes alternativamente presentan demandas o propuestas, y ofrecen contrapropuestas con la intención de alcanzar un acuerdo.

La negociación puede ser judicial, en cuyo caso se traducirá en una conciliación, o extrajudicial, en cuyo caso puede ser directa a través de una transacción o indirecta a través de una mediación (DUPUIS, 1997).

### **1.1 Análisis General de la Negociación**

Una negociación exitosa logra que las partes suscriban un compromiso que posteriormente no será desconocido o impugnado. En el proceso de negociación las partes deben hacerse concesiones, persuadirse y comunicarse en forma clara y justificada para alcanzar el compromiso.

Una parte negocia sólo cuando sus metas personales dependen de la cooperación de otras personas. Así se negocia porque se tiene la oportunidad de mejorar la situación actual. Un sindicato negocia para mejorar las condiciones de trabajo de sus afiliados, un país negocia para recibir de otros, más descuentos comerciales favorables, y un comprador negocia con un vendedor para conseguir el precio más bajo por la cosa.

### **1.2 Desarrollo del Proceso de Negociación**

En el proceso de negociación se produce una relación de interdependencia entre las metas de las partes que dependen del éxito que el otro haya alcanzado. Negociación es un proceso consensual en donde los acuerdos ocurren cuando, y sólo cuando las partes creen que todas las cosas consideradas, el trato que han logrado los deja mejor que lo que estarían si abandonaran la mesa de negociación (WHEELER, 1989). Las metas en una negociación, no son mutuamente exclusivas de una u otra parte. La idea es poder lograr que ambas partes logren sus metas, siempre considerando que deben pedir algo justo. En este contexto se hace importante entender no sólo la posición de la contraparte, sino también reconocer cual sería la acción de la contraparte si es que no se alcanza un acuerdo. Este concepto denominado BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement* o Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado) “describe lo que uno hará si no se alcanza el acuerdo”. WHEELER (1989) destaca siete preguntas básicas que todo negociador debe tener presente al momento de negociar, independiente del enfoque distributivo o colaborativo, y ellas son: (a) ¿Qué harán las respectivas partes si no llegan a acuerdo?. (b) ¿Quiénes son las verdaderas partes en la negociación?. (c) ¿Cuáles son sus prioridades y necesidades fundamentales?. (d) ¿Cómo se puede crear valor y quien es probable lo logre?. (e) ¿Qué obstáculos podrían impedir un acuerdo y como se podrían superar dichos obstáculos?. (f) ¿Cómo pueden las distintas partes influir en el proceso de negociación y sus resultados?. (g) ¿Cuál es la cosa correcta a hacer?. Estas preguntas debe de hacerlas el mediador por separado a cada una de las

partes para elaborar un plan adecuado de negociación.

Para entender las formas de negociar se debe saber que en muchas negociaciones una parte gana a expensas de la otra parte, lo que se enmarca dentro del esquema ganar-perder (juegos de ganancia cero) FISHER, URY y PATTON (1991), es decir se produce una negociación distributiva de la riqueza de una parte hacia la otra. Así la riqueza de una parte es consecuencia de la pobreza de la otra. Sin embargo en otras negociaciones las partes ganan cuando la otra parte gana, lo que se enmarca dentro del esquema ganar-ganar (negociaciones integrativas). Está claro que lo que se busca en el Derecho de Familia es esta última clase de negociación.

### 1.3 Distintos Procesos de Negociación

A continuación se explicarán con más detalle los procesos de negociación precedentemente descritos:

#### 1. Negociación distributiva (también llamada competitiva, “zero sum”, ganar-perder o valor exigido)

En esta clase de negociación, una parte “gana” y la otra parte “pierde”. En esta situación hay recursos fijos a ser divididos; por ello mientras más obtiene una parte, menos obtiene la otra. En este supuesto los intereses de las partes son opuestos. En este tipo de negociaciones “cada parte ve a la otra como un adversario y, por lo tanto, las partes debaten sus diferencias casi exclusivamente en términos de quien consigue cuanto de algo. Al mismo tiempo, cada parte trata de aprender lo más que puede de su contraparte, sea posición, necesidad o demandas mínimas aceptables” (WARE, 1980). Esta es la situación de una compraventa aislada en que si el comprador obtiene un menor precio será a costa de una pérdida para el vendedor. La preocupación dominante en este tipo de trato es maximizar sólo nuestros propios intereses. Las estrategias dominantes en esta clase de acuerdos incluyen la astucia, fuerza legítima y un manejo adecuado y exclusivo de la información. Este tipo de negociación se le llama también “de valor exigido”. En esta situación la meta es aumentar el bienestar propio a costa del oponente. De esta forma una negociación distributiva debe ser enfocada como una competencia.

#### 2. Integrativo (colaborativo, ganar-ganar o valor creado)

En esta clase de trato, hay un monto variable de recursos a ser divididos y las dos partes pueden “ganar”. En estos procesos de negociación la preocupación dominante es maximizar colectivamente los resultados, como sucede en una negociación para ir a cenar con un grupo de amigos o la evaluación del desempeño de un trabajador. Las negociaciones integrativas se describen “en términos de un clima abierto y confiable en el cual las partes comparten ideas e información libremente. La colaboración involucra un esfuerzo conjunto dirigido a encontrar una solución que sea percibida como beneficiosa para ambas partes” (WARE, 1980). Las estrategias dominantes en este tipo de trato incluyen la cooperación, compartir información, y la solución de problemas mutuos. Este tipo de negociación es también llamado “valor creado”, pues la meta es que ambas partes concluyan la negociación sintiendo que obtuvieron un mayor beneficio que antes de hacerlo.

Uno de los modelos desarrollados con el enfoque ganar-ganar es el modelo de negociación de *Harvard*. Este modelo fue desarrollado por FISHER *et al.* (1991), de la Universidad de *Harvard*, y en virtud de él todas las partes puedan lograr todo lo que desean, obteniendo más de lo que podrían conseguir a través de cualquier otra forma de solución de conflicto. En el siguiente cuadro se pueden ver todos los elementos que van

conformando la negociación conforme a este modelo.

**Figura 1**



Fuente: Fundación Chile

#### **1.4 Análisis del Modelo de *Harvard***

Básicamente el Modelo de Negociación de *Harvard* (Figura 1) plantea que cada parte tiene una postura que refleja su *alternativa*. Dicha alternativa se refiere a toda opción que una parte puede realizar por cuenta propia sin necesidad que la otra parte esté de acuerdo. En términos concretos una alternativa es la posición buscada por cada parte *sin* consideración a los deseos de la otra parte.

Un avance en la posición de negociación se logra cuando cada parte considera los *intereses* que reflejan los deseos, necesidades, inquietudes, esperanzas y temores de la contraparte. En general, los intereses reflejan todo aquello que se quiere. Ciertamente la negociación no iría por buen sendero si no se construyen posturas conjuntas que ambas partes valoren. Esto se refiere a las *opciones* de toda una gama de posibilidades en las cuales las partes pudieran llegar a un acuerdo. En general un acuerdo en conjunto es mejor si incorpora *la mejor* de muchas opciones. En este sentido el mejor de los acuerdos se logra cuando no es posible mejorar la posición de una de las partes sin perjudicar a la otra.

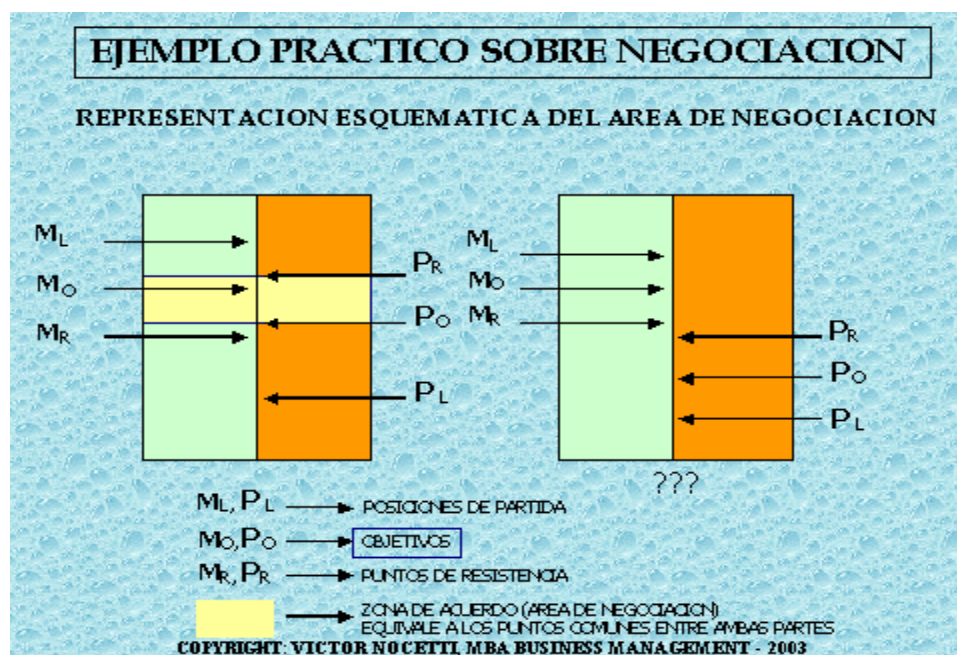
Una vez alcanzado el nivel de opciones, lo importante es que las partes entiendan la *legitimidad* de dicha postura conjunta. Un acuerdo es legítimo en la medida que a cada parte le parece justo en relación a algún criterio o principio que vaya más allá de la simple voluntad de cualquiera de ellas.

En la medida en que se logra un acuerdo en torno a una opción y existe consenso en su legitimidad es el momento para que se celebre el *compromiso*, el cual se refiere a planteamientos verbales o escritos que especifican lo que las partes harán o dejarán de hacer. Luego de esto viene la etapa de la *comunicación*, en particular una efectiva comunicación bilateral que permita que los acuerdos se logren con eficiencia y sin perder tiempo y esfuerzo. Finalmente logrado el compromiso y acordados los medios de comunicación entre ellas se llega a la *una relación* en que cada parte habrá mejorado su capacidad para trabajar colaborando con su contraparte. Pero técnicamente, ¿cómo tener una postura de negociación?.

#### 4. Las áreas de negociación

Cuando se negocia cada parte tiene una postura o posición y, técnicamente, es posible lograr un acuerdo en la medida que entre las partes existan *áreas de negociación comunes*. Se entiende por área de negociación común la zona de intersección de las posturas de cada una de las partes<sup>4</sup>. En la Figura 2 se puede apreciar un ejemplo práctico sobre negociación. En el primer rectángulo invertido es posible visualizar una zona de acuerdo conformado por el espacio en que convergen los puntos  $M_O$  y  $P_O$ . En los lados del diagrama se aprecian la postura de negociación de dos partes. Una representa la petición un Padre (P) –al lado derecho de las figuras del cuadro- y es posible ver sus peticiones donde  $P_L$  representan el punto de partida,  $P_O$  su objetivo y  $P_R$  su punto de resistencia (o precio de reserva como señalan algunos autores). Este punto de resistencia debe entenderse como el punto mínimo a ser aceptado por el Padre (P). Es decir el Padre (P) no aceptará “ninguna” demanda de la Madre (M) por “sobre” dicho punto. Por otra parte la Madre muestra sus puntos  $M_L$ ,  $M_O$  y  $M_R$  –al lado izquierdo de las figuras del cuadro- que reflejan su postura de negociación. El punto  $M_R$  es el punto de resistencia, o precio de reserva, pues equivale a lo mínimo que la Madre (M) está dispuesta a aceptar del Padre (P). Es decir la Madre (M) no considerará “ninguna” oferta del Padre (P) por “debajo” de ese punto. De cruzarse las dos propuestas es posible observar que el área de negociación entre el Padre (P) y la Madre (M) resulta ser la zona común entre las dos propuestas (en este caso toda la zona entre  $P_R$  y  $P_O$ ).

Figura 2



Fuente: Elaboración propia de los autores

Si el Padre (P) no sabe cuáles son los puntos de negociación de la Madre (M) y a su vez, la Madre (M) no conoce los puntos de negociación un Padre (P), -lo que suele ocurrir en la práctica- se produce lo que se denominan asimetrías de información, las que hacen que cada parte trate de ir “armando” los rangos de negociación en la mesa. Por lo que es normal que lo único claro sean *mis* puntos de negociación, mi rango, mi punto de resistencia; todo lo demás se elabora en base a percepciones y a información que se va recopilando vía consultas y tanteos. Es claro entonces que si las partes “logran entender” las posiciones de la contraparte

podrán alcanzar zonas de negociación y buenos acuerdos.

Sin embargo, si se estudia la figura planteada al costado derecho del diagrama del gráfico anterior –es decir el rectángulo invertido que se aprecia al costado derecho-, se puede ver que el punto de resistencia un Padre ( $P_R$ ) es menor que el punto de resistencia de la Madre ( $M_R$ ), por lo que es fácil concluir que no existe área de negociación. En estos casos en que las partes no pueden llegar a acuerdo se buscan consensos entre los distintos puntos que son negociados para flexibilizar posturas ganadoras y poder converger posiciones de fracaso a zonas de negociación. Pero cuando esas posturas conciliadoras entre las partes no fluyen naturalmente se hace necesaria la intervención de una persona para lograr acuerdos entre las partes y dar solución al conflicto. Es el momento del mediador. Esta claro, entonces, que mucho de los conceptos abordados en la negociación pueden ser de utilidad para el mediador, pues tendrá acceso a las posiciones de cada parte, los puntos de resistencia y, por tanto, podrá determinar si existen o no áreas de negociación. De no existir podrá trabajar en formular, en base a los datos, áreas de negociación y lograr acuerdos favorables para ambas partes.

## **SEGUNDA PARTE: LA MEDIACIÓN Y EL MODELO DE HARVARD**

### **2.1 ¿Por qué recurrir a la Mediación?**

El Derecho suele solucionar las controversias que se le presentan como un juego de ganancia cero, por ello un juicio suele ganarse o perderse, pero no empatarse. De esta forma los tribunales funcionan como asignadores de decisiones, entre las disputas de los particulares. Las disputas son intrínsecas al ser humano y están íntimamente ligadas con la escasez, si todas nuestras necesidades estuvieran satisfechas lo más probable es que las disputas disminuirían considerablemente. De esta forma en la mayoría de los casos la escasez es lo que lleva a litigar. En este sentido si los alimentarios tienen resueltos sus problemas económicos, por qué habrían de demandar de alimentos?

La esencia del proceso civil es la justicia conmutativa que consiste en dar a cada quien lo suyo, es decir se basa en una controversia o disputa que se resuelve a favor de una parte (lo que una parte gana lo pierde la otra). En el proceso las partes quedan irremediamente enfrentadas, la esencia del proceso es el conflicto, es más el proceso sólo es una continuación “civilizada del conflicto”, en base a éste resuelven los tribunales. Esta forma de solución es especialmente inapropiada en el Derecho de Familia en el cual no sólo se busca “solucionar” o “resolver” un conflicto de Derecho, sino también recomponer la relación de las partes, sobre todo cuando hay hijos. En este sentido no debe olvidarse que los padres siguen relacionándose a través de los hijos a pesar de la separación, nulidad o del divorcio. Esta es la esencia del conflicto en el Derecho de Familia, que lo diferencia de la generalidad de los otros procesos civiles. Sin embargo, el proceso controversial y de acuerdos no es una mala solución en los casos en que una relación entre adultos se ha roto irremediamente y no hay hijos. Por ello la lógica del proceso está en el impulso que le dan las partes, es decir en el principio dispositivo, que se manifiesta desde el punto de vista del Juez en la *ultra petita* y respecto de las partes en la determinación de la *litis* o conflicto de interés que se fija controversialmente por la demanda y su contestación (defensa y ataque), prueba adversarial, etcétera. Lo anterior lleva a distinguir entre procesos adversariales y no adversariales, y dicha distinción se sustenta en que la lógica de estos procesos será distinta como se verá<sup>5</sup>.

A parte de las conocidas soluciones judiciales o arbitrales, existen otras relativamente más modernas, como el *mini trial*, clásico en la justicia americana. En virtud de éste las partes inician una especie de juicio simulado en que sus representantes exponen sus pretensiones, argumentos y pruebas y que pueden someterse a un mediador que tratará de buscar un acuerdo entre ellas, conforme los antecedentes del “*mini juicio*”<sup>6</sup>.

### **2.2 Concepto de Mediación**

#### **2.1.1 El concepto de mediación dentro de cualquier proceso de negociación**

La Real Academia de la Lengua Española se refiere a la mediación en los siguientes términos: mediar es interceder o rogar por alguien. También se entiende que mediar es interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. Finalmente se señala que la mediación es la acción y efecto de mediar. La mediación es efectiva para resolver una amplia gama de conflictos, entre los cuales pueden destacarse los siguientes<sup>7</sup>: (a) Empresarial (mediación comercial, conflictos en el seno de la organización y entre distintas empresas, *franquicias (franchising)*, conflictos entre consumidores y empresas, patentes, marcas, dominios web). (b) Inmuebles (división de condominio, límites). (c) Trabajo (conflictos entre trabajadores y empleadores). (d) Familiar (procesos de separación, conflictos generacionales, procesos sucesorios, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas, liquidación de la sociedad conyugal). (e) Comunitaria (barrial, ruidos molestos, animales domésticos, uso de espacios comunes, conflictos en comunidades). (f) Escolar (conflictos institucionales, entre estudiantes, normas de convivencia). (g) Conflictos públicos (medioambientales, urbanísticos, asistencia social, crisis institucionales, planificación tributaria, conflictos en organismos municipales, conflictos con los vecinos), etcétera.

### **2.2.2 La mediación en el Derecho de Familia**

La mediación pretende solucionar un “conflicto”. El elemento esencial de la mediación es la resolución de un conflicto que las partes no logran solucionar por sí solas. En este sentido el conflicto no es para nada alentador. Así se desprende del propio concepto adoptado por el Diccionario de la RAE que señala que el conflicto es: “lo recio del combate”. Lo medular de la mediación es que el conflicto es guiado por un cauce no adversarial. Esta idea está presente en el Proyecto de Ley de Juzgados de Familia al definir a la mediación en el artículo 76 de la siguiente forma: “Para todos los efectos legales, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos no adversarial, en el que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a buscar por si mismas una solución a su conflicto”.

### **2.3 La Conciliación y la Mediación**

Es importante diferenciar la conciliación de la mediación, las principales diferencias entre estas figuras son las siguientes: (a) En la conciliación se produce un acuerdo de las partes que requiere de la intervención del juez, ya sea directa –provocando el acuerdo- o indirecta, mediante la homologación del acuerdo de las partes. En cambio la mediación puede ser judicial o extrajudicial, si se produce dentro del juicio; global o parcial, si regula algunos aspectos del conflicto o todos; abierta o cerrada, según sea o no confidencial; voluntaria u obligatoria, si es impuesta o consentida y pública o privada, dependiendo quién asume sus costes. (b) En la mediación a diferencia de la conciliación, el mediador tiene un rol activo, en este sentido en la conciliación, el juez ni siquiera suele proponer un acuerdo, sino que insta a las partes a solucionar directamente el conflicto. (c) Ello conduce a una diferencia fundamental entre ambas figuras, la conciliación es aprobada mediante una sentencia judicial, en cambio la mediación da lugar a un acuerdo o convención que puede o no ser sancionado judicialmente.

La mediación puede producirse en los más variados campos como el contractual, laboral y en el Derecho de Familia. En este trabajo sólo se analizará la mediación en el Derecho de familia. En el propio Derecho de familia existen diferentes mediaciones. Así en el Derecho argentino se distingue entre mediación familiar y patrimonial (ORTEMBERG 1996)<sup>8</sup>. Sin embargo, la gran diferencia entre la mediación en el Derecho de Familia y otros campos del Derecho es la forma en que ésta se debe abordar si hay hijos. En caso de haber hijos la mediación no sólo debe pretender “solucionar el conflicto”, sino además recomponer o crear una nueva forma de relacionarse de los padres con relación a sus hijos. Una mención especial merece la mediación en el divorcio y separación, ya que en ella el estado de la relación y aspectos subjetivos de esta pesarán



fuertemente.

En la separación, para BERNAL (1998) y KRESSLER (1998) es posible distinguir cuatro clases de parejas: (a) Parejas con alto nivel de conflicto, comunicación agresiva, pero con una posición ambivalente en torno a la ruptura. (b) Parejas con alto nivel de conflicto, comunicación directa y decididas a seguir adelante con la ruptura. (c) Parejas con escaso nivel de conflicto y comunicación, pero con una posición ambivalente en torno a la ruptura. (d) Parejas en que ambos son independientes –son una especie de pareja de solteros-, no tienen un mayor interés entre ellos, pero están decididos a no continuar juntos. La diferencia fundamental entre estas clases de parejas está dada por la decisión a romper, ya que la posición posterior a la ruptura no está definida BERNAL (1998). Por ello lo primero que deberá afrontar el mediador es diferenciar entre estas parejas. El otro factor relevante en la separación será la edad de los hijos, ya que la forma de reacción ante la ruptura se diferencia fuertemente en las edades. Puede pensarse que esto no tiene relación con la mediación, pero en ésta los hijos tienen importancia no sólo porque los padres toman decisiones en consideración a ellos, sino porque los menores deben de ser escuchados. En este sentido podría señalarse que ellos deben ser escuchados por el Juez, sin embargo no se debe de olvidar que la mediación puede solucionar el conflicto por lo que en ella también debe de oírse al menor. Así lo consagra el artículo 92.3° del Proyecto de Juzgados de Familia que señala: *“En todo caso, el mediador deberá escuchar a los menores de edad que estén en condiciones de formarse un juicio propio atendida su edad y madurez, sobre todo aquello que los afecte”*.

## **2.4 Características de la mediación**

Según HAYNES (1993), la mediación es confidencial; es voluntaria por regla general, pero lo es en todo caso en cuanto a la solución del conflicto, es decir, es una forma de auto composición; se lleva a cabo mediante un proceso de negociación flexible o informal; es cooperativa y creativa; es neutral; y es económica. La mediación en los países desarrollados ha adquirido una enorme importancia como solución alternativa de conflictos, y precisamente por esta importancia, han aumentado consistentemente los estudios sobre la neutralidad del mediador. Algunos autores (GREATBATCH y DINGWALL, 1997) señalan que el mediador no siempre es neutral<sup>9</sup>, ello se debe a que el mediador tiene sus propios intereses y puede influir sobre una de las partes, sobre todo la más débil. Por ello el Proyecto le exige neutralidad al mediador, pero será necesario preparar al mediador para evitar que pierdan esta importante característica.

## **2.5 Desarrollo de la Mediación**

### **2.5.1 Algunos aspectos relevantes de la mediación**

Para entender la mediación se debe de dominar la teoría del conflicto y las diferentes técnicas que permitan hacer frente a él, además de las teorías ya señaladas. Conforme a la teoría del conflicto, éste se desarrolla a través del hedonismo, racionalismo e intencionalidad. Esta teoría permite aplicar la denominada “teoría de los juegos” a la mediación. De esta forma se podría aplicar dicha teoría de los juegos a la determinación del padre al que corresponderá el cuidado personal del hijo. En la mayoría de los países europeos –una vez más a diferencia del nuestro- el juez puede determinar conforme al principio del interés superior del menor a cual de los padres corresponderá el cuidado personal del menor en caso de separación. Pero como nuestro ordenamiento jurídico no establece como regla general el cuidado compartido, sino el unilateral, entonces se producirá lo que se denomina dentro de la teoría de los juegos un juego de suma cero. Esta clase de juegos, como se señaló en el punto 1.2, presenta la característica que uno sólo de los jugadores, es decir de los padres, ganará todo y el otro perderá. La teoría de los juegos señala que en estos casos los padres no tendrán una actitud cooperativa con el otro, sino todo lo contrario. En la situación chilena actual –por aplicación de los artículos 245, 225.1° y 225.3° del C.c.- la madre gana la partida y por ello no tiene ningún incentivo para llegar a cualquier clase de arreglo. La teoría de los juegos demuestra que en los casos de cuidado compartido, como cada padre dependerá del otro con relación al cuidado sucesivo del hijo, los padres tendrán un fuerte incentivo a cooperar con relación al cuidado de los hijos. De esta forma, como los padres deben cooperar o de lo contrario el otro gana, entonces al mediador se le facilita la tarea de buscar una estrategia cooperativa, pero

para ello se requiere de una legislación adecuada. Pero aún en este caso, el mediador debe dominar técnicas de mediación, como el lenguaje del conflicto o microanálisis de la conducta para de esta forma identificar pautas y apreciar las características dinámicas y evolutivas del conflicto para romper la cadena del conflicto.

### 2.5.2 Funciones del mediador

1. Función facilitativa: mediante ella el mediador tratará que las partes manifiesten sus intereses y necesidades<sup>10</sup>.
2. Evaluativa - predictiva: el mediador diagnostica el posible resultado judicial del conflicto y hace ver a las partes sus ventajas y debilidades (DUPUIS, 1997).

El mediador también puede tener facultades propias de otras figuras, así pueden producirse las siguientes situaciones: (a) mediador propiamente tal (fase activa); (b) mediación con facultades de conciliación (ambiente de discusión propicio) y (c) mediación con facultades de arbitraje (tiene potestad para resolver el conflicto). También el mediador debe ser capaz de manejar el conflicto y crear los mecanismos para disminuir la agresividad en la familia.

En este sentido se plantean dos posiciones: mediador neutral y mediador como tercero informal o como factor de solución en el desarrollo del conflicto.

### 2.5.3 Etapas de la mediación

De acuerdo a HAYNES (1993), las fases generales de la mediación son las siguientes: (a) Identificación del problema. (b) Análisis y elección del ámbito de resolución del conflicto. (c) Elección del mediador. (d) Recopilación de información. (e) Definición del problema. (g) Búsqueda de opciones. (h) Redefinición de las posturas. (i) Negociación. (j) Redacción del Acuerdo. No entraremos al análisis de cada una de estas etapas por no ser el objeto de este trabajo, pero de ellas tal vez la más importante será la obtención por parte del mediador de toda la información posible, sólo ello hará factible una adecuada determinación de la pretensión e intereses de las partes. Ello no sólo es relevante en los procesos de liquidación del régimen matrimonial, sino también en la regulación de los efectos personales del matrimonio.

### 2.5.4 Aplicación del modelo al Derecho de Familia

- **Conflicto aparente: ¿un caso de fácil solución?**

En la mediación, el mediador debe ser capaz de identificar el “verdadero conflicto”, ya que muchas veces éste estará soterrado. Esta labor representará la mitad del trabajo del mediador, a ella suele señalársele como la parte superior de la “pirámide de la disputa”<sup>11</sup>. La otra labor fundamental del mediador será solucionar este conflicto para poder entrar en los otros conflictos que suelen ser los relevantes para el Derecho. Para poder identificar estos conflictos soterrados se debe recurrir a los intereses latentes en las posiciones de las partes. Sin lugar a dudas, el éxito del mediador –conforme a la teoría de *Harvard*- dependerá que las partes puedan negociar sobre intereses y no sobre posiciones.

Sólo una vez que las partes son capaces de negociar sobre intereses es posible plantear opciones, de lo contrario todas las opciones que se alejen de las posiciones adoptadas serán rechazadas haciendo imposible la solución voluntaria del conflicto. Otros autores plantean esta etapa como la definición del problema. En ella tendrá una importancia crucial el que los problemas sean vistos como recíprocos y que se adquiera conciencia que la mayoría de ellos se presenta normalmente en el proceso de la mediación. Ello se logra para HAYNES (1993) mirando hacia el futuro a través de un proceso de sinopsis, dejando fuera las deformaciones profesionales. La falta de comunicación entre las partes entraba el proceso de mediación, lo que acontece cuando ambas partes aparecen solicitando algo contradictorio –es decir respecto de lo cual aparentemente no

es posible, sino conceder un derecho “exclusivo”-, a pesar de existir una opción alternativa que cubre ambos intereses, que las partes no son capaces de ver. Ello produce casos en que los conflictos no son reales, ya que es posible tutelar ambos intereses mediante otra solución, como si por ejemplo se le concede un régimen de visita amplio o de cuidado a una abuela porque el padre no está en condiciones de hacerse cargo o se le otorga una pensión especial a la madre para que contrate a

alguien, si ella no puede hacerse cargo por iniciar estudios a cambio de una eventual rebaja de pensión futura que estaría dada por la mayor expectativa de sueldo de la madre<sup>12</sup>.

En este supuesto las partes tienen posiciones diversas y aparentemente contrapuestas: ambos momentáneamente no pueden hacerse cargo del cuidado del menor durante todo el día, por lo que intentan que la otra parte lo haga, pero existe una posibilidad intermedia que ellas no ven. La posibilidad es que se haga cargo del menor momentáneamente un tercero o que el padre pague más por pensión de alimentos para que la madre a su vez pueda pagar una niñera y de esta forma estudiar a cambio de la rebaja de la pensión de alimentos al término de sus estudios.

- **El negociador duro y el apresurado**

El proceso negociador de *Harvard* tiene el mérito de ser sumamente pertinente en los casos en que una de las partes sea un “negociador duro”. Esto es de mucha relevancia en el Derecho de Familia, ya que el “negociador duro” hará fracasar el acuerdo o bien hará triunfar su posición –el conflicto en el fondo para él es una guerra de voluntades-, ambas clases de negociadores son negativos, conforme a lo señalado previamente.

- **El proceso de negociación**

Este proceso para DUPUIS (1997) se resume en los siguientes puntos: (a) Las personas: se debe de separar las personas del problema. (b) Los intereses: el mediador se debe centrar en los intereses y no en las pretensiones. (c) El mediador debe ser capaz de generar un torbellino de ideas “*brainstorming*”, ello permitirá tener una diversidad de opciones, mientras más opciones mayor posibilidad de resolver el conflicto. Para HAYNES (1993) este proceso se desarrolla a través de las siguientes reglas: (i) Se deberá de compartir cualquier idea que se presente. (ii) Se hará una lista con dichas ideas agregándolas todas, aunque sean poco usuales. (iii) Las partes no podrán eliminar de la lista ninguna idea. (iv) No se discutirá la viabilidad de las ideas propuestas. (d) Las opciones deben basarse en criterios objetivos, opinión de expertos, estadísticas, etcétera. Las proposiciones que presentará el mediador se deben basar en la definición del problema. Para algunos autores, el mediador lo que debe de buscar es que ambas partes triunfen, descartando en principio los casos en que ambos resulten perdedores y que uno triunfe sobre el otro. Desde otro punto de vista, lo esencial en los procesos de mediación familiar además de la eficiencia en los acuerdos será que ellos deben “mejorar” la relación entre las partes, sobre todo cuando hay hijos.

En el proceso de negociación se debe de determinar el MAAN<sup>13</sup>. El BATNA “captura la noción que en algún punto de la negociación, uno finalmente tiene que elegir entre aceptar un trato o buscar alternativas más atractivas” (FISHER *et al.*, 1991). En palabras más simples el BATNA representa lo que una de las partes haría si no se logra el acuerdo. Así dependiendo de las circunstancias podría ser demandar de alimentos, recurrir a ayuda de la familia, buscar el divorcio, etcétera. El MAAN debe ser real, ya que éste fijará el marco de la negociación. En otras palabras primero se debe de determinar la pretensión de la parte, luego la posibilidad real que mediante una controversia en los tribunales dicha petición sea acogida y los costes alternativos de la demora en la solución –como sucederá si por ejemplo una madre pretende iniciar estudios de postgrado y la dilación de la causa le acarreará más perjuicio que una no tan buena solución hoy-, estas últimas variables son las que deberá tener muy claro cada parte para poder negociar y no sólo sus pretensiones

(DUPUIS, 1997). Es importante que el mediador también sea capaz de determinar el PAAN<sup>14</sup>, en este sentido puede ser que una parte quiera negociar sólo porque cree por ejemplo que su contraparte puede dar a conocer al Ente Regulador que tiene más ingresos que los declarados. El conocimiento de este límite es importante, ya que de tener certeza una parte que dicho escenario no es real, porque en el ejemplo sus declaraciones son correctas o porque su contraparte jamás usará esa información en su contra puede ser que sus expectativas cambien.

El mediador debe evitar el exceso de regateo –como se desprende de lo anteriormente señalado-, pero también debe de evitar negociaciones prematuras, ya respecto de su oportunidad como de su monto. De esta forma, si uno de los padres aún está en el período de duelo y resentido con relación al otro es prematuro negociar, salvo que se haya superado dicho rencor por lo que convendrá en dicho caso asesorarse por ejemplo de un psicólogo. Por otra parte, si una parte es muy sincera en torno a sus objetivos –puede ser que a la vez sea muy inflexible también-, proponga un acuerdo real, pero irrealizable al inicio de la negociación. Por ello es mejor que el mediador se centre en la información y los datos más que en las pretensiones de las partes y no darles a las pretensiones demasiada importancia, salvo que se presenten problemas de MAAN o PAAN. Por ello por ejemplo en un caso de liquidación de un régimen de bienes será importante fijar objetivamente el valor de los bienes. Como si para una parte un bien tiene un valor más allá del real, es preferible que se fije un valor de mercado del bien –que se acercará al valor que le otorga la otra parte- y esté dispuesto a transar con relación a dicho valor por ejemplo negociando respecto de otra cosa que para el tenga menos valor (HAYNES, 1993).

- **El límite más bajo**

No es recomendable que el mediador entregue la información del límite más bajo de cada una de las partes, ya que ello podría aumentar considerablemente las pretensiones de la contraparte, lo que podría llevar a las partes a estimar que las expectativas de la solución judicial sean más altas, lo que hará el acuerdo imposible. Otro arista de este problema consiste en que una parte puede fijar su PAAN muy bajo, por una errada percepción de la solución judicial –ello puede suceder por ignorancia o un conocimiento parcial o errado de lo que sucede en tribunales-; entonces el mediador debe enviar a dicha parte a un abogado que le asesore. La otra noción esencial del conflicto son los intereses que es lo que se pretende satisfacer mediante la pretensión. Por ejemplo una madre quiere que el padre tenga un amplio régimen de visita y que esté obligado a cumplirlo, porque iniciará estudios y no tiene con quien dejar al menor. Por ello detrás de la pretensión un amplio régimen de visitas se esconde un interés: se dispondrá de poco tiempo en el futuro para cuidar al menor.

El conflicto de valores puede transformarse en un límite en la mediación. El mediador debe tener cuidado con los conflictos de valores, es posible que las partes estén dispuestas a ceder en otras materias, pero es muy poco probable que lo estén respecto de sus valores. Ello sucede por ejemplo respecto de la educación religiosa de un hijo (HAYNES, 1993).

- **Extensión del acuerdo**

Para que el acuerdo sea exitoso debe regular todos los aspectos del conflicto intentando no dejar aspectos sin solución. Así la mediación en materia de separación debería por ejemplo referirse a los siguientes aspectos:

1. Los hijos: régimen de comunicación, alimentos, tuición, patria potestad y otros, cambios de residencia, viajes al extranjero, etcétera. Cada uno de estos puntos contendrá a su vez una serie de materias por ejemplo en los alimentos, concurrencia de los ascendientes en casos eventuales, pagos de la educación más allá de los términos legales y análisis de eventualidades, cambios en la aportación a los hijos – tanto por aumento como educación de remuneraciones y necesidades-, prevención futura respecto de los hijos no sólo respecto de la educación, sin también respecto de enfermedades o accidentes,

actualizaciones, posibles cambios de residencia de los padres, etcétera.

2. En los acuerdos matrimoniales, regular las compensaciones y la contingencia, posibilidad de adquirir por cualquiera de ellos la vivienda común –en cuyo caso se deben de indicar las condiciones, facilidades de pago, etcétera-, facción de inventario de los bienes, consideraciones tributarias presentes y futuras, pago de contribuciones y comunicación de información relevante y formas de resolver disputas futuras.

### **TERCERA PARTE: BREVE ANÁLISIS DE ALGUNAS NORMAS DE LOS PROYECTOS DE LEY DE JUZGADOS DE FAMILIA Y MATRIMONIO CIVIL EN MATERIA DE MEDIACIÓN Y CONCLUSIONES**

A continuación se analizarán sólo dos aspectos de los Proyectos, en realidad no vale la pena tratar otros temas dado que son procesales y pueden ser modificados en las Cámaras.

#### **6.1 Naturaleza del Acta de Mediación no Homologada**

Como se señaló al comparar la conciliación con la mediación, la mediación no aprobada judicialmente es una convención lo que le da un valor autónomo que la conciliación no posee por requerir necesariamente la autorización judicial. A continuación analizaremos esta situación en el Proyecto de Ley de Juzgados de Familia. El referido Proyecto señala en su artículo 98.2° lo siguiente: “El acta de mediación y la resolución que la tenga por aprobada, se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales”.

El entender que la mediación inexorablemente termina por sentencia judicial sería comprender que el acta de mediación sólo tendría valor en la medida que es sancionada por una resolución judicial. Pero el acta jurídicamente es una convención y como tal se debe de asimilar al convenio regulador en los casos de separación, divorcio o nulidad. Por ello en caso que el acta se refiera a la separación, divorcio o nulidad, el acuerdo que se produce gracias al mediador debe reunir los requisitos del convenio regulador, es decir ser suficiente y completo<sup>15</sup>. Los requisitos del convenio-regulador, conforme al Proyecto de Ley de Matrimonio Civil, son los siguientes:

1. El convenio regulador –conforme al actual 28.2° (ex-artículo 59.1°)- debe ser *completo*, y lo será: “(...) si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 22 (...)”. El Proyecto de Ley de Matrimonio Civil omite referirse a la extensión del convenio regulador aspecto que aborda la Indicación del Ejecutivo modificada en el Senado. A pesar de ello, será perfectamente posible que el convenio recaiga sobre las materias señaladas en la referida Indicación. Dicha Indicación señalaba que la extensión del convenio no se restringe a las materias señaladas en los incisos 1° y 2° del Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados –incisos 2° y 3° de las Indicaciones del Ejecutivo-, sino que podrá comprender, conforme al artículo 57.1° de las Indicaciones del Ejecutivo del Proyecto de Ley de Matrimonio Civil, las siguientes materias: (i) Todas las materias vinculadas al régimen patrimonial de bienes del matrimonio. (ii) La regulación de bienes familiares. (iii) El derecho de alimentos entre los cónyuges y respecto de los hijos. (iv) El cuidado personal de los hijos. (v) El régimen que detentarán las relaciones directas entre hijos y progenitores. En todo caso y como lo señala el artículo 58 del Proyecto de Ley de Matrimonio Civil propuesto por la Indicación del Ejecutivo en caso que el convenio afecte a menores debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 225 del C.c..
2. El convenio –conforme al artículo 28.2° del Proyecto de Ley de Matrimonio Civil - debe ser *suficiente*, y lo es si resguarda: “el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

3. El convenio regulador de la separación, nulidad y divorcio debe de contener una compensación económica, conforme al artículo 64 del Proyecto de Ley de Matrimonio Civil: “(...) *convenida por ambos cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal*”.

El acta antes de la resolución homologatoria es una convención y después de aprobada “*se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales*”, es decir tiene una naturaleza indistinta dependiendo de su estado. Lo que llevará sin lugar a dudas a plantear, como acontece en otros ordenamientos jurídicos, qué ocurre en los casos en que dicho acuerdo –acta de mediación para los efectos de nuestro estudio- no reúna estos requisitos, si puede ser considerado como una convención parcialmente válida respecto de las materias no homologables por el juez (BARCIA, 2002).

## **6.2 Distintas clases de mediación en el Proyecto de Juzgados de Familia**

Tal vez la distinción de mayor importancia que respecto de la mediación hace el referido Proyecto es la que distingue la mediación obligatoria, facultativa y prohibida. Así en los artículos 85 a 87 del Proyecto de Juzgados de Familia se señala:

*Artículo 85.- Mediación obligatoria. Las causas relativas al derecho de alimentos, al derecho de cuidado personal y al derecho y el deber de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la presentación de la demanda, el que se regirá por las normas de la presente ley y especialmente por lo dispuesto en este Título.*

*Artículo 86.- Mediación facultativa. Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el artículo siguiente, podrán ser derivadas a mediación en cualquier estado de la causa, hasta antes de la audiencia complementaria mediante resolución que pronunciará el juez, con acuerdo de las partes.*

*En los asuntos a que de lugar la aplicación de la ley N° 19.325, sobre violencia intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 71 y siguientes de la presente ley.*

*Artículo 87.- Mediación prohibida. No se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil o interdicción de las personas, las causas sobre maltrato de menores o incapaces, los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción de menores de edad y las causas sobre nulidad de matrimonio y divorcio.*

De la lectura del artículo 87 del Proyecto de Juzgados de Familia podría desprenderse que la mediación no se aplica ni al divorcio, ni a la nulidad. Sin embargo, ello no es de esta manera, lo que señala el artículo 87 es que las “causas sobre nulidad de matrimonio y divorcio” no pueden ser objeto de mediación y es lógico que sea de esta forma porque las causales del divorcio o sus causas son de orden público. Así las “causas” que lo generan no pueden ser objeto de acuerdo entre las partes, por ejemplo las partes no pueden convenir un divorcio culposo o que el plazo que exige el divorcio bilateral se ha cumplido. Pero perfectamente en el divorcio o nulidad se puede producir una mediación en torno a los aspectos mencionados en los artículos 85 y 86 del Proyecto de Juzgados de Familia y aún respecto de la adopción de un convenio regulador de la separación, divorcio o nulidad. Por otra parte serán objeto de mediación obligatoria el *derecho de alimentos, el derecho de cuidado personal y al derecho y el deber de los padres e hijos que viven separados a mantener*

*una relación directa y regular* (artículo 85). Pero estos acuerdos obviamente deben de respetar las normas de Derecho de Familia que son de orden público. Así por ejemplo un padre no podría renunciar en estos acuerdos a tener un régimen de comunicación con un hijo. Es del caso señalar que acá es donde reviste una importancia fundamental la naturaleza jurídica de la mediación, que termina en un acuerdo, es decir en una “convención”. Dichos acuerdos son tratados por el Derecho comparados como “convenios reguladores” de la separación, divorcio y nulidad.

## CONCLUSIONES

La labor del mediador va mucho más allá de producir un proceso de negociación entre las partes, el mediador debe darles a éstas las herramientas e incluso soluciones –que serán principalmente las opciones ofrecidas– para un arreglo no sólo eficiente, sino que tutele los derechos sobre todo de los menores. La mediación es una importante herramienta de desjudicialización de conflictos. La desjudicialización del conflicto es especialmente positiva para el Derecho de Familia, ya que el proceso judicial es adversarial y las partes verán en la decisión de los jueces un juego de ganancia cero, es decir serán perdedores o vencedores, lo que llevará a que los perdedores judicialicen constantemente el conflicto. El perdedor verá la sentencia como una injusticia que debe ser reparada lo que llevará a un nuevo conflicto, tal vez en una materia en que no se ha presentado ninguno. Así por ejemplo una madre que ve que el régimen de alimentos no es el adecuado pone en tela de juicio las visitas.

En cuanto a los hijos, el proceso de mediación debe –conforme al artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño– propender a escuchar a los menores en la medida que tengan juicio suficiente y su opinión debe ser considerada y ojalá ser determinante, en la medida que tenga una madurez suficiente. Los criterios fundamentales en esta materia son la edad y la madurez del menor. Aspectos que recoge el artículo 92 del Proyecto de Juzgados de Familia en materia de mediación al señalar lo siguiente:

*Artículo 92.- Citación a la sesión inicial de mediación. Recibida la comunicación de que trata el artículo anterior, el mediador designado fijará una sesión inicial de mediación.*

*A ésta se citará a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán concurrir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados.*

*En todo caso, el mediador deberá escuchar a los menores de edad que estén en condiciones de formarse un juicio propio atendida su edad y madurez, sobre todo aquello que los afecte.*

A su vez respecto de la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores de edad, el artículo 40 del Proyecto señala:

*Artículo 40.- Comparecencia de los menores. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los menores en función de su edad y madurez.*

*Para este efecto podrá escuchar a los menores involucrados en la audiencia principal, en la complementaria o en otra audiencia especial, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.*

*En esta función el juez podrá hacerse asesorar por uno o más miembros del consejo técnico.*

La mediación forzosa en materia de menores se justifica por la tendencia más bien baja de los padres a acudir voluntariamente a un mediador (KING, 1999)<sup>16</sup>.

Para finalizar, el futuro de la mediación, sin lugar a dudas es promisorio. La mediación no sólo es una forma de resolver una de las peores pesadillas de toda familia, el divorcio o separación, sino una forma de

relacionarse. El futuro de la mediación es enseñarle a las parejas a negociar y ello no tiene que ver necesariamente con la destrucción de una familia, sino todo lo contrario. El mediador puede enseñar a las familias a resolver sus conflictos, lo que puede impedir una ruptura futura. Así en países desarrollados las ayudas de los entes locales a los conflictos de pareja se guían por mediadores. Estos procesos son tal vez más importantes incluso que los que regulan los conflictos de la familia quebrada: como ocurre con la tuición, patria potestad, alimentos, visitas, etcétera. Pero aún en estos casos la judicialización del conflicto no es positiva, facultándose en la mayoría de los países occidentales a los jueces para obligar a las partes a someterse a una mediación. Por ello en algunos países como Japón o el Reino Unido dicha solución se deja a organismos administrativos y en otros como Suecia a Juntas de Reclamos Públicos (DUPUIS, 1997).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCIA, R. 2002. El convenio regulador en el Derecho Español y el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Chileno. Santiago de Chile, Ius et Praxis, Editorial Universidad de Talca, v.8, n.2, p.474-478.
- BERNAL, T. 1998 La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja. Editorial COLEX: Madrid, España, p.20.
- DUPUIS, J.C. 1997. Mediación y conciliación. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p.33-35.
- FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. 1991. Getting to YES. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Penguin.
- GRIFFITH, S. 1971. Sun Tzu, the art of war. London: Oxford University Press. p.84
- GREATBATCH, D.; DINGWALL, R. 1997. Argumentative in divorce mediation session. American Sociological Review. (February), v.62, n.1, p.52.
- HAYNES, J.M. 1993. Fundamentos de la Mediación Familiar. GAIA Ediciones: Madrid, España, p.48-54, 12-13.
- KING J.C. 1999. Burdening access to justice: the cost of divorce mediation on the cheap. St. John's Law Review (Spring), v.73, n.2, p.379.
- KRESSLER, K. 1998 A typology of divorcing couples: Implications for Mediation and the Divorcer Process, Family Process.
- MINTZBERG, H. 1973. The nature of managerial work. New York: Harper & Row.
- MOSS KANTER, R. 1989. The new managerial work. Harvard Business Review, (November-December), Boston, USA.
- ORTEMBERG, O. 1996. La mediación familiar: aspectos jurídicos y prácticos. Ed. Biblos: Buenos Aires, Argentina.
- WARE, J. 1980. Bargaining strategies: collaborative versus competitive strategies. Harvard Business School, Note 9-480-055, 1 April 1980.
- WATKINS, M. 2000. Negotiation analysis: a synthesis. Harvard Business School, Note 9-800-316, 8 Mayo 2000.
- WHEELER, M. 1989. Negotiation analysis: an introduction. Harvard Business School, Note 9-801-156, 13 June 2002, Boston, USA, Harvard Press.

<sup>1</sup> Recepción de originales: 6 de mayo de 2004. Aceptado para publicación: 21 de noviembre de 2004.

<sup>2</sup> Abogado (Universidad Central, 1991), Magíster en Economía y Dirección Internacional de la Empresa (Universidad Autónoma de Madrid, 1997), European Master in Law Economics (Universidad Complutense de Madrid, España, y Hamburg Universität, Alemania, 2002), Doctor en Derecho Civil (Universidad Complutense de Madrid, España, 2001). Profesor Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Talca. Casilla 721, Talca, Chile. E-mail: [rbarcia@utalca.cl](mailto:rbarcia@utalca.cl)



3 Contador Público y Auditor (Universidad Talca, 1987) y MBA (University of Dallas, USA, 1993). Profesor Escuela de Ingeniería Informática Empresarial, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad de Talca. Casilla 721, Talca, Chile. E-mail: [ynocetti@utalca.cl](mailto:ynocetti@utalca.cl)

4 En la literatura se denomina a esta área también como “rango de negociación”, “zona de acuerdo” o “zona de posible acuerdo” (ZOPA en inglés). Para profundizar el tema ver WATKINS, M. 2000, “Negotiation analysis: a synthesis”. Harvard Business School, Note 9-800-316, 8 May 2000.

5 El principio dispositivo es aquel por el cual la prosecución y desarrollo del proceso está en manos de las partes y no del juez. A su vez en virtud de la *ultra petita* los jueces no pueden conceder más de lo que piden las partes.

6 DUPUIS (1997) propone una interesante forma de solución de conflicto de los países del *Common Law*. Una de ellas son los “*summary jury trial*”, en virtud de los cuales la resolución del conflicto se deja a un jurado compuesto de una lista de jurados potenciales.

7 Disponible en: <http://www.diccionariomediacion.es.vg/>

8 Para ORTEMBERG (1996) la diferencia entre una y otra mediación redonda en los intereses protegidos. En la mediación familiar priman los aspectos afectivos en cambio en la mediación patrimonial prevalecen los intereses económicos.

9 GREATBATCH y DINGWALL señalan una larga lista de autores que ponen en tela de juicio la neutralidad del mediador. Así señala: “...Some scholars question the neutrality of mediator (Bernard *et al.*, 1984; Folger and Bernard, 1985; Dingwall, 1986, 1988; Greatbatch and Dingwall, 1989; Dingwall and Greatbatch, 1991, 1993; Rifkin *et al.*, 1991; Forest 1992; Cobb, 1994; Folger and Busch, 1994; Folger and Jones, 1994; Tracey and Spradlin, 1994).

10 Como una etapa previa a las anteriores, para HAYNES (1993) está aquella en que se señalan la versión de los hechos y del pasado y las quejas recíprocas. En realidad esta etapa más bien funcionará como una catarsis y en ella el mediador debe de ser cuidadoso en que no se rompa el proceso de negociación antes de comenzar, pero es una etapa ineludible en la mayoría de los conflictos de Derecho de Familia.

11 HAYNES (1993) señala un interesante caso sobre conflicto soterrado. Las partes en una mediación sobre liquidación de bienes del matrimonio no se ponían de acuerdo sobre el reparto de un barco y tampoco había un avance substancial en otros temas. La mujer parecía dolida con su marido, ya que éste la dejó por otra mujer más joven. Por ello cuando ella le señaló que “tú tienes tu novia, yo quiero el barco”, el aceptó y de ahí la negociación fue muy fácil. En el fondo al estar dolida la ex-mujer con su ex-marido existía un problema latente que de no ser solucionado hacía imposible cualquier arreglo.

12 El ejemplo clásico en una negociación de conflicto aparente consiste en el caso de la naranja. Suponga que dos partes disputan una naranja, pero como no se ponen de acuerdo sobre quién tiene el mejor derecho recurren a la justicia. Los tribunales asignan el derecho a una de las partes, pero la solución del conflicto mediante la vía judicial no es eficiente. Ello se debe a que una parte quería la naranja para comérsela y la otra para vender la cáscara, es decir ambas partes pudieron beneficiarse. La pretensión de asignación de derechos de las partes es contrapuesta a pesar que sus intereses son compatibles. Lo que sucede en este supuesto es que el conflicto es aparente y las partes no lo solucionan por su falta de comunicación, no saben que sus intereses no son contrapuestos.

13 Término que en la lengua inglesa como *BATNA* (*Better Alternative to a Negotiated Agreement*)

14 En sus siglas inglesas *WATNA* (*Worst Alternative to a Negotiated Agreement*)

15 El Proyecto de Ley sobre Juzgados de Familia aparentemente prohíbe la mediación en la nulidad y el divorcio, pero como se verá en la parte tercera de este trabajo ello es discutible, aunque hay que esperar la promulgación del Proyecto para resolver este punto.

16 KING (1999) señala una nutrida literatura en respaldo de esta aseveración.