

*El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile**

Claudia Tarud Aravena**

Recibido: febrero 17 de 2013

Aprobado: marzo 22 de 2013

Resumen

El presente artículo aborda el principio de voluntariedad de la mediación familiar, tanto desde la doctrina, como en la regulación legal. Se revisa la voluntariedad a los diversos participantes del proceso. Estudia la relación entre la voluntariedad del mediador y otros principios de la mediación. Analiza las eventuales excepciones y limitantes al principio, como la mediación con violencia intrafamiliar y la denominada "mediación previa u obligatoria". Por último, describe la vigencia del principio de voluntariedad después del acuerdo.

Palabras clave: mediación familiar, voluntariedad, principios de mediación.

* El presente artículo es fruto de la investigación sobre los principios de la mediación familiar en la legislación chilena. Claudia Tarud es investigadora responsable. La investigación fue financiada por la Universidad de los Andes, Santiago de Chile, y finalizada en 2012.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile; abogada. Postítulo en Ciencias de la Familia con especialidad en Mediación Familiar. Líneas de investigación en mediación familiar y trabajo y familia del Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile. ctarud@uandes.cl

Intention Principle in Family Mediation Legislation in Chile

Abstract

This article deals with the intention principle of family mediation from doctrine and in legal regulation. Intention principle of several participants of the process is reviewed. The article tackles the relationship between mediator's intention and other mediation principles. Eventual exceptions and limitations to the principle are analyzed, such as mediation with domestic violence the well-known "preventive or mandatory mediation." Finally, the article describes the force of the intention principle after the agreement.

Kew words: family mediation; intention; mediation principles.

Introducción

La mediación familiar como medio alternativo de solución de conflictos ha adquirido protagonismo en la escena internacional. Comenzó a desarrollarse en los países anglosajones a finales del siglo XX. En Iberoamérica, los países que han liderado implementación práctica y regulación jurídica son España, Argentina, México y Chile. En Colombia ha adquirido un espacio para la resolución de conflictos y hay variadas iniciativas privadas y cursos de formación en la materia.

El presente artículo es parte de una investigación recientemente finalizada sobre los principios de la mediación y su recepción en el derecho chileno. Se seleccionó el principio de voluntariedad, por la trascendencia que este tiene en la conceptualización de la mediación. Se analizaron su regulación y las consecuencias en la práctica y protección de la mediación, como mecanismo de resolución de controversias.

La investigación utiliza la dogmática jurídica como metodología. Esta metodología se complementa con el análisis empírico de la realidad vivida en el Centro de Mediación en Convenio con la Municipalidad de Puente Alto de Santiago de Chile, y la experiencia del Ministerio de Justicia a través del Servicio de Mediación Licitada. Este último ha publicado varios trabajos de levantamiento de datos y evaluación de la calidad del sistema que han sido publicados por el Ministerio de Justicia de Chile (Subsecretaría de Justicia, Chile. ClioDinámica Asesorías, 2011).

La presente investigación puede servir de antecedente para Colombia, de manera que se presente como experiencia previa para una buena regulación legal.

I. Conceptualización de la mediación familiar

La mediación en Chile fue introducida por primera vez en la Ley de Matrimonio Civil 19947, de mayo de 2004, que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004 (República de Chile, 2004A).

Entre tanto, la Ley de Tribunales de la Familia 19.968, de 30 de agosto de 2004, que entró en vigor el 18 de noviembre de 2004 (República de Chile, 2004B), reguló la mediación de un modo más amplio, no solo para los conflictos intra-conyugales. Esta regulación paralela, no siempre coincidente, fue remediada por la Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008 (República de Chile, 2008), que introdujo una nueva regulación en el Título V de la Ley 19.968 (artículos 103 a 114) y al mismo tiempo derogó las normas sobre mediación de la Ley de Matrimonio Civil¹.

La mediación es definida legalmente como aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos (República de Chile, 2004B, artículo 103, Ley 19.968).

Esta definición coincide sustancialmente con los conceptos dados por la doctrina extranjera²

¹ El estatuto legal de la mediación se complementa con el reglamento aprobado por el Decreto Supremo 763, Ministerio de Justicia, 14 de noviembre de 2008, D. Of. 25 de mayo de 2009 (Ministerio de Justicia de Chile, 2008), que reglamenta materias para la ejecución del Título V, de la mediación familiar, de la Ley 19.968 (República de Chile, 2004B), introducido por la Ley 20286 (República de Chile, 2008).

² Moore define la mediación como "la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable" (Moore, 2006, p. 44). Muldoon dice que la mediación es la "forma más conocida y eficaz de intervención de una tercera fuerza... la mediación estructura la comunicación entre las partes, a través de un mediador imparcial que no tiene autoridad ni poder para controlar el resultado" (Muldoon, 1996, p. 164-165). Por su parte, Six define la mediación como el ámbito de intervención de un tercero, que hace posible que de "ese diálogo - confrontación", nazca algo que no sea ni la solución unilateral del primero, ni la solución unilateral del segundo, sino una salida original, realizada por una y otra parte, que pertenezca a los dos (Six, 1997, p. 17). Redorta define la

y por la chilena³. La mediación se diferencia de otros procesos de solución de controversias en su desformalización y su flexibilidad que dota de la mayor libertad de acción posible para lograr acuerdos cooperativos que difícilmente surgirían si tuvieran que atenerse a reglas y modos de proceder estandarizados o minuciosamente regulados.

mediación como un: "proceso de desbloqueo de un conflicto a través de la intervención de un tercero, que se remite a la propia capacidad de las partes para hallar la solución de sus dificultades" (Redorta, 2004, p. 38). En todos los autores hay un énfasis en la acción del tercero mediador, facilitador del conflicto, y destaca la acción principal de las partes en la solución a través del proceso que cambia la mirada y logra el acuerdo. Una definición operativa que destaca los principios de la mediación, propone Brandoni quien dice que la mediación es un dispositivo de encuentro interpersonal voluntario y confidencial para el abordaje de conflictos, que promueve la búsqueda de soluciones consensuadas y contribuye a maximizar los beneficios potenciales de los mismos (Brandoni, 2011, p. 29). Vinyamata subraya que "la mediación posee una filosofía centrada en la imparcialidad, el propósito de ayuda a personas en conflicto, que interviene sin autoridad y sin pretender sustituir el protagonismo de las personas en sus problemas y conflictos a través de una función directiva de sus vidas" (Vinyamata, 2003, p. 13). La Recomendación N°R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, en el apartado sobre principios de la mediación, punto III, destaca la mediación como un proceso confidencial que debe resguardar la imparcialidad y neutralidad del mediador, que respeta los puntos de vista de las partes y no impone una solución (Unión Europea, 1998)

³ Canales define la mediación como: "un procedimiento no judicial de regulación, (...) 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 (...). Se trata de una actividad práctica, destinada a facilitar el diálogo con el objeto de redefinir y resolver los problemas de reorganización de la familia, en un momento de crisis, como una forma de atribuir a los propios protagonistas del conflicto la toma de decisiones al respecto" (Canales, 2003, p. 2).

Por su parte Macarena Vargas nos dice respecto al concepto de mediación que "Gran parte de los autores concuerdan en su carácter autocompositivo, en el rol facilitador del mediador y en la búsqueda de satisfacción de los intereses y necesidades de las partes que permite, de ser necesario, la continuidad de las relaciones de los involucrados" (Vargas, 2008, p. 185). Fiegelist destaca también el rol autocompositivo de la mediación y dice que: "La mediación tiene por objeto, como método alternativo de resolución de disputas, empoderar a las partes para que ellas mismas busquen una solución a su controversia que compatibilice los intereses de ambas a través de una negociación directa entre ellas, asistida por un tercero neutral denominado mediador" (Fiegelist, 2010-2, p. 32).

Se comprende, entonces, que tanto en la doctrina como en la legislación se hayan ido forjando criterios normativos más abiertos y flexibles para permitir un marco de actuación que sea suficientemente elástico para satisfacer las características propias de la mediación. Para ello se ha recurrido a la distinción entre reglas y principios que han adquirido gran aceptación entre los estudiosos de la teoría del derecho. En este sentido, pueden citarse las conocidas obras de Dworkin (2002) y Alexis (2007). La distinción no ha estado ausente de la doctrina chilena, por ejemplo, en las obras sobre principios generales del profesor Alcalde (2003) (2008).

La caracterización de los principios como estándares abiertos, flexibles, que no se conforman al método de la subsunción sino a los mandatos de optimización, y que pueden concurrir unos con otros sin derrotarse o derogarse ha permitido adaptar esta nomenclatura a los criterios normativos más adecuados para establecer un marco de actuación en la mediación familiar.

Hay distintas formulaciones de los principios de la mediación. Los que cuentan con una aceptación más generalizada son los principios de voluntariedad, neutralidad y confidencialidad (Barker & Domenici, 2000). Algunos autores distinguen entre imparcialidad y neutralidad como principios diversos (Escrivá-Ibars, 2001) (García, 2002). Hay quien agrega la profesionalización del mediador⁴.

Lo novedoso es que la ley chilena ha consagrado expresamente algunos de estos principios, con lo cual les ha otorgado un estatus de norma legal imperativa, aunque reconociendo su naturaleza de principios y no de reglas.

La ley 19.968, Ley de Tribunales de Familia (en adelante LTF) dispone bajo el epígrafe de "Prin-

⁴ García (2002), al igual que Escrivá-Ibars (2001) considera la imparcialidad y la neutralidad como dos principios diferentes, pero agrega como principio también la profesionalización del mediador.

principios de la mediación”, que “durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios, en los términos que a continuación se señalan” (República de Chile, 2004B). El precepto enumera y conceptualiza seis principios, a saber, el de igualdad, el de voluntariedad, el de confidencialidad, el de imparcialidad, el de interés superior del niño y la consideración de las opiniones de terceros. Nuestro trabajo se concentra en uno de estos principios: el de voluntariedad.

II. *Contenido y fundamentos del principio de voluntariedad*

1. *El principio en la doctrina de la mediación*

La doctrina existente sobre mediación entiende el principio de voluntariedad como aquel que dispone que todos cuantos intervengan en un proceso de mediación deben tener la libertad más absoluta para decidir si quieren ser o no partes de él. Esto se traduce en dos aspectos: primero, la voluntariedad para ingresar a una mediación, y segundo, la libertad para permanecer en ella o retirarse del proceso en cualquier momento de su desarrollo⁵.

Las partes, y los demás intervinientes no pueden ser obligados a transitar el proceso de mediación. La esencia de la mediación pasa por la voluntariedad, es decir, por la decisión libre de realizar una negociación asistida por un profesional mediador.

2. *Recepción legal del principio y contenidos*

El principio de voluntariedad lo acoge la definición del artículo 103 LTF sobre el mediador: “... un tercero imparcial *sin poder decisorio*,... [que] ayuda a las partes a *buscar por sí mismas* una

⁵ Bernal expresa que la voluntariedad está representada por distintas tomas de decisión. La primera es decidir ir a informarse sobre lo que es la mediación, después decidir aceptar la mediación, decidir continuar en ella y finalmente concluir con sus propios acuerdos (Bernal, 2008, p.134).

solución al conflicto...”⁶ (República de Chile, 2004B). El artículo presupone la voluntariedad de las partes, ya que el mediador, al no tener poder para resolver por sí el asunto sometido a mediación, no puede obligar a las partes a perseverar en un proceso en que son ellas las llamadas a encontrar la solución al conflicto.

El artículo 105, letra b, de la LTF, dispone que la voluntariedad es el principio “por el que los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento” (República de Chile, 2004B).

La ley destaca el aspecto negativo, centrado en la libertad de retirarse de la mediación sin que ello importe consecuencias gravosas para el que desiste.

De allí que el mismo artículo 105, letra b, dispone como consecuencia natural que “Si en la primera sesión, o en cualquier otro momento durante el procedimiento, alguno de los participantes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, esta se tendrá por terminada” (República de Chile, 2004B).

Esta regla es reiterada por el artículo 111 inc. 4 de la LTF, que dispone la frustración de la mediación si alguno de los participantes “habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación...” (República de Chile, 2004B). También se entiende que la falta de concurrencia sin causa justificada equivale a la frustración de la mediación.

Un interesante dato nos entrega el informe del Ministerio de Justicia, que obtiene nota promedio de 6,0 (en escala de 1 a 7) frente a la pregunta a los usuarios sobre la libertad para seguir o abandonar el proceso de mediación (Subsecretaría de Justicia, Chile. ClioDinámica Asesorías, 2011). Es decir, las partes tienen claro el derecho que les asiste.

⁶ El destacado es nuestro.

3. *Fundamentos*

La voluntariedad es de la esencia de la mediación, ya que este principio no solo garantiza la libertad de las personas, sino la eficacia y funcionamiento de la mediación.

La misma filosofía en la que se basa la mediación supone que las partes tienen libertad y, por lo tanto, cuentan con capacidad para razonar y decidir sobre aquello de lo que es responsable y depende de su propia acción, para posteriormente cumplir con lo convenido.

La voluntariedad, como principio rector de la mediación, garantiza un desarrollo adecuado del proceso para obtener un acuerdo que sea satisfactorio para las partes obtenido por una decisión libre y no de la imposición de un tercero ajeno a sus voluntades. Esto garantiza un mejor cumplimiento del acuerdo.

La participación colaborativa durante el proceso y la intención de buscar las opciones que faciliten el acuerdo es una necesidad que viene impuesta por la voluntariedad. Si la voluntariedad -y la buena fe que esta supone- no existen, el conflicto deberá ser resuelto por otros medios. Al mismo tiempo la voluntariedad garantiza que el mediador no termine imponiendo su opinión personal sobre la mejor solución del conflicto⁷.

No es extraño, en consecuencia, que la voluntariedad sea clave en el éxito del cumplimiento de los acuerdos obtenidos a través de él. En Chile, una investigación realizada en marzo del 2010 arroja un 78% de cumplimiento total o casi total de los acuerdos alcanzados (Ministerio de Justicia de Chile, Ernst & Young, 2010) En un estudio de enero de 2011, se expresa que

⁷ La R (98) I del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar de la Unión Europea, expresa, en el punto II, sobre organización de la mediación que esta no debe ser, en principio obligatoria. Posteriormente en el punto III, número 4, establece que el mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes. Es así, limita la acción del mediador, lo que tiene por efecto respetar la libertad de las partes para llegar o no a un acuerdo (Unión Europea, 1998).

a la pregunta ¿en qué grado se ha cumplido el acuerdo alcanzado?, un 72% contesta que se ha cumplido casi totalmente o totalmente (Subsecretaría de Justicia de Chile, TNS, 2011, p. 54).

III. *Extensión del principio: las partes y terceros*

1. *Las partes y su rol protagónico*

La voluntariedad se aplica en forma eminente a las partes (Suarez, 2002). El artículo 105 b LTF habla en forma general de "partícipes", pero es claro que los principales partícipes en la mediación son las personas naturales que están en conflicto en una relación de familia (República de Chile, 2004B).

Se consideran partes las personas naturales directamente involucrados en el conflicto y que tiene en su poder la decisión de la cuestión sometida a mediación.

Parte de la doctrina sostiene que la voluntariedad de las partes no solo es un derecho que les asiste, sino también implica el deber de tener una actitud colaborativa en la búsqueda de la solución al conflicto. Suarez (2002) habla de actitud mediadora y la considera una característica de la voluntariedad⁸. Incluso algunos autores estiman que la disposición o actitud activa en la búsqueda de alternativas de soluciones posibles, durante el procedimiento para alcanzar una resolución satisfactoria del conflicto que los aqueja, constituye un deber ético específico de las partes de un proceso de mediación (Gómez, 1999). La actitud mediadora hace operativo al principio de voluntariedad.

Otros autores consideran que la actitud mediadora debe servir de base para configurar un principio diferente denominado protagonismo

⁸ En este sentido, Bernal expresa que la voluntariedad es una característica definitoria de la mediación y difícilmente puede entenderse la participación en un proceso de mediación si las partes no quieren implicarse. El querer está relacionado con su actitud positiva hacia la mediación (Bernal, 2008, p.134).

de las partes. El principio del protagonismo o autodeterminación de las partes consistiría en la participación activa y directa de cada una de las partes en el proceso de mediación. Implica la voluntad y capacidad para exponer sus posiciones y colaborar en la búsqueda de una solución al conflicto, por sí mismas, haciéndose responsable de las decisiones que se tomen y de los acuerdos que se concluyan⁹. Este nuevo principio tendría un alcance mayor que la sola voluntariedad y permitiría que las partes confíen en sí mismas y se sientan capaces de decidir libremente, lo que les es más conveniente y razonable, actitud fundamental en un proceso de mediación¹⁰.

La voluntariedad no permite a las partes el participar en la mediación por medio de un apoderado o representante. El artículo 108 de la LTF dispone que los involucrados en el conflicto serán citados y "deberán concurrir personalmente" (República de Chile, 2004B).

De esta forma, se excluye la posibilidad de que puedan acudir, aunque sea voluntariamente a la mediación como partes, los menores y, en general, las personas que son incapaces según la ley civil. El artículo 108 LTF habla de "adultos involucrados" (República de Chile, 2004B).

Se puede afirmar la conveniencia de la presencia de los menores en la mediación familiar, previo acuerdo de las partes y según el momento del proceso y/ o contenido del mismo, en orden a conocer cuáles son aquellas necesidades básicas que subyacen en los hijos y que se pudieran revelar en las entrevistas que mantuviese el mediador con estos y sus respectivos padres,

⁹ Bianchi habla de autodeterminación de las partes, y nos dice que el acuerdo debe ser resultado del trabajo común de las partes con el mediador, pero será mejor, mientras más hayan trabajado las partes en diálogo directo y cuanto más refleje el contenido y espíritu de la comunicación lograda (Bianchi, 1996, p. 67).

¹⁰ Díez y Tapia dan importancia sustantiva a la confianza en sí mismo: "... los individuos que participan en una mediación son los que tienen que tomar decisiones respecto sus problemas, ellos deben *sentirse capaces* de tomar esas decisiones" (Díez & Tapia, 1999, p. 47).

con el fin de ayudar a los padres a que observen si tales necesidades están recogidas suficientemente en los acuerdos que están elaborando.

2. *Los asesores jurídicos de las partes*

Entre los "partícipes" a que se refiere el artículo 105 letra b) de la LTF, además de las partes, debe incluirse a los abogados (República de Chile, 2004B). El artículo 108 de la misma ley, si bien exige que las partes concurren personalmente, aclara que ello es "sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados". Es decir, pueden estar voluntariamente, pero no es imprescindible.

3. *La voluntariedad de los terceros*

Pueden denominarse terceros en la mediación todas aquellas personas que, sin tener en sus manos el poder de decidir el asunto controvertido, pueden verse perjudicadas o favorecidas por lo que se acuerde como resultado de este proceso.

Así en un conflicto entre padres, serán terceros interesados los hijos. También se consideran terceros los parientes, vecinos, empleadores, trabajadores, etc. Si durante el proceso de mediación se acuerda la participación de otros profesionales que puedan dar su opinión experta sobre el conflicto como peritos, psicólogos, médicos, terapeutas, profesores, orientadores familiares, etc., también se considerarán terceros.

Naturalmente, todos estos terceros gozan del derecho a participar o no, o retirarse del proceso en cualquier momento de su desarrollo. El principio de voluntariedad consagrado en el artículo 105 b) de la LTF (República de Chile, 2004B), al hablar en forma amplia de "partícipes" incluye no solo a las partes, sino también a estos terceros.

Aunque la ley no requiera que las partes consientan en la comparecencia de estos terceros,

parece evidente que el mediador deberá obtener este consentimiento.

Los niños y adolescentes, a pesar de ser incapaces, podrán ser consultados e intervenir en la mediación, siempre voluntariamente. Pero aquí el principio de voluntariedad debe ser complementado por el principio de interés superior del menor; es en este sentido que el mediador debe permitir la comparecencia de un niño o adolescente "... solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación" (República de Chile, 2004B, artículo 105, literal e).

Hay que tener presente la Convención de Derechos del Niño que establece el derecho del niño, de acuerdo con su edad y madurez, a ser informado y ser oído en todos los procesos en que se dirime algo que le concierne (Naciones Unidas, 1989, artículo 12).

El mediador deberá considerar los riesgos y adoptar las medidas de resguardo que sean convenientes por la participación de menores en el proceso de mediación¹¹.

IV. ¿Rige el principio de voluntariedad para el mediador?

1. Planteamiento del problema

El artículo 105 letra b LTF aplica la voluntariedad a los "partícipes" de la mediación (República de Chile, 2004B), pero ¿debe considerarse como tal al mismo mediador, que es un profesional que ha ofrecido o incluso se ha obligado a prestar el servicio de mediación?

¹¹ En este sentido, Cárdenas sistematiza las razones positivas y negativas frente a la participación de menores en una mediación, y concluye que, para aprovechar las ventajas y disminuir los riesgos, es preferible hablar de una participación opcional y ordenada, que contempla requisitos y resguardos para el menor (Cárdenas, 1999, p. 144-148)

Si se afirma que el principio de voluntariedad también alcanza al mediador habrá que concluir que el mediador tiene también el derecho para rechazar y no asumir una determinada mediación, y que puede retirarse de ella, incluso sin tener que invocar ni probar una causa justificada.

Aunque las normas legales no suelen conceder de manera expresa esta facultad al mediador, se sostiene que la necesidad de resguardar la neutralidad o imparcialidad del mediador impondría la necesidad de aplicar también a este profesional la voluntariedad que se reconoce a las partes, sus asesores y terceros. Lo mismo sucede cuando advierte que el proceso no se está desarrollando de la forma adecuada o que no va a dar los frutos previstos (Otero, 2007).

Pero la cuestión no parece tan simple, sobre todo para el mediador que no presta servicios libremente, sino que se encuentra incorporado al sistema de mediación familiar que regula la LTF. Este mediador institucionalizado se inscribe en el Registro de Mediadores que lleva el Ministerio de Justicia, y señala el o los tribunales para los que ejercerá como mediador (Ministerio de Justicia de Chile, 2008, artículo 6, inciso 2). Esta gestión implica que se compromete a prestar el servicio de mediación a quienes se lo soliciten por la derivación que le hacen los tribunales de familia para los que se ha inscrito. A este respecto, al artículo 15, inciso 2 del Decreto Supremo 763, otorga la posibilidad al mediador de aceptar o rechazar la designación, en un plazo de dos días, tan solo con la obligación de informar dicha circunstancia al Tribunal, para que este proceda a una nueva designación (Ministerio de Justicia de Chile, 2008)¹².

¹² El mismo Decreto Supremo establece en el artículo 15 que: "El tribunal deberá comunicar al mediador su designación por la vía más expedita posible, incluyendo en dicha comunicación la individualización de las partes y las materias sobre las que versa el conflicto.

El respectivo mediador tendrá un plazo de dos días hábiles para la aceptación o rechazo de la designación. En caso de rechazo, el mediador deberá poner dicha circunstancia en conocimiento del tribunal para que se proceda a efectuar un nuevo nombramiento" (Ministerio de Justicia de Chile, 2008).

Esta norma reglamentaria reconoce expresamente la voluntariedad del mediador, en cuanto a que, sin expresar motivo alguno, pueda rechazar un caso que le sea derivado por el Tribunal.

La voluntariedad es menos clara para aquellos mediadores que han ganado la licitación o han contratado con el Ministerio para prestar servicios gratuitos a las partes en un proceso de mediación, que corresponda según la ley. Estos procesos están regulados en las bases de licitación, para el periodo 2012-2015, por Resolución 188 (Ministerio de Justicia de Chile, 2011).

El número 7.1 de las Bases Técnicas de la Licitación Pública, que se encuentran en la Resolución 188, anteriormente mencionada, letra a, dispone que una de las obligaciones esenciales del contratado es la prestación de servicios de mediación familiar y dice, además: "Los contratados tienen la obligación de prestar servicios de mediación familiar en las materias susceptibles de dicho procedimiento, en conformidad a la legislación vigente, sean estas de derivación previa o voluntaria" (Ministerio de Justicia de Chile, 2011).

En la Resolución 188, en el apartado sobre Bases Administrativas, número 24.2, letra d, se expresa que constituye falta gravísima y causal de término del contrato el no asumir, injustificadamente, una mediación derivada o ingresada en forma espontánea (Ministerio de Justicia de Chile, 2011).

¿Cómo podemos entender estos puntos de las bases de licitación en armonía con el principio de voluntariedad y la norma expresa del Decreto Supremo 763 (Ministerio de Justicia de Chile, 2008)?

A nuestro juicio, la obligatoriedad expresada en las bases de licitación es la regla general. El mediador que se adjudica una licitación o contrata con el Ministerio debe prestar los

servicios a los que se obligó, pero esta regla general admite excepciones, las que veremos a continuación.

2. El principio de voluntariedad como resguardo del principio de imparcialidad del mediador

La voluntariedad del mediador puede entenderse que opera, también, como una forma de resguardar la imparcialidad. El artículo 105 d LTF dispone que "Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso..." (República de Chile, 2004B). Con ello, parece que la voluntariedad en el inicio de la mediación vendría impuesta por la protección de su imparcialidad, de modo que el mediador podría abstenerse de tomar un caso si piensa que no podrá ser imparcial por una causa subjetiva.

¿Qué sucede si el mediador toma un caso y posteriormente se percata de que no le es posible ser imparcial? Si bien la ley nada dice al respecto, debemos entender que el mediador debería retirarse del caso.

Cabe mencionar que el artículo 105 d LTF expresa que -tanto el mediador al rechazar el caso, como las partes al pedir nueva designación de mediador- deberán justificarse ante el juez (República de Chile, 2004B). Esto pareciera contradecir el artículo 111, inciso 3 LTF, que expresamente se exige que si la mediación se frustra, debe levantarse un acta que dejará constancia del término de la mediación, "... sin agregar otros antecedentes" (República de Chile, 2004B). Para interpretar armónicamente estas normas, es necesario tener presente el principio de confidencialidad que debe informar al proceso de mediación. En este sentido, solo cabe concluir que la justificación no debe ser más que una mención general en cuanto a que de continuar la mediación podrían vulnerarse sus principios, lo que justifica rechazar o poner término al proceso y pedir la designación de otro mediador, sin revelar ningún otro antecedente ni denostar a ninguna de las partes.

3. *El principio de voluntariedad como protección de otros principios*

La norma del artículo 105 e LTF (República de Chile, 2004B), si bien se refiere solo a la pérdida de imparcialidad, puede ser interpretada extensivamente al resto de los principios de la mediación. Si estos peligraran, por una actitud personal del mediador o de alguno de los participantes, este o estos pueden y deben retirarse del proceso. Hay que recordar que la ley sanciona al mediador "... en caso de incumplimiento de sus obligaciones o abuso en el desempeño de sus funciones" (República de Chile, 2004B, artículo 113 inciso 2). Si no hay forma de evitar la vulneración de estos principios, más que renunciando a la mediación, el mediador deberá hacerlo.

4. *El principio de voluntariedad y la convicción de imposibilidad de lograr un acuerdo*

El artículo 111, inciso 4 LTF, dispone que la mediación se entenderá frustrada, entre otros casos: "... en cualquier momento en que el mediador adquiera la convicción de que no se alcanzará acuerdos" (República de Chile, 2004B). Una causal para que el mediador llegue a esta convicción podría ser la falta de disposición colaborativa o buena fe de una o ambas partes, actitud que debe ser evaluada por el mismo mediador, y si llega a este convencimiento, debe dar la mediación por frustrada. El artículo 111 no exige expresamente que deba justificar causa de la frustración del proceso al juez, luego rige la regla general que el acta que pone término a la mediación no debe agregar otros antecedentes (República de Chile, 2004B)¹³.

¹³ La Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma Canaria, modificada en su artículo 4. apartado 4, por la ley 3/2005, de 23 de junio, expresa que: "... el mediador familiar actuante no podrá desvelar o utilizar ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, ni aún después, cuando finalice la misma, haya acuerdo o no" (Comunidad Autónoma Canaria, 2005). Esta norma es más clara que la norma chilena en cuanto no admite duda alguna sobre la extensión y contenido de la confidencialidad.

5. *Conclusión*

Como puede verse el principio de voluntariedad no se aplica del mismo modo al mediador que al resto de los partícipes.

Si bien existe la voluntariedad del mediador, esta debe interpretarse en relación con la obligación de prestar servicios, especialmente respecto a mediadores licitados o contratados por el Ministerio de Justicia. Por otro lado, la posibilidad de proteger otros principios de la mediación, así como la inviabilidad del proceso ante la imposibilidad de llegar a acuerdo, conceden libertad al mediador para renunciar a tomar un caso o seguir dirigiéndolo. En aquellos casos en los cuales la ley exige justificación para designar nuevo mediador, esta debe ser absolutamente general, sin afectar de ningún modo la confidencialidad tanto del mediador, como de las partes.

V. *Eventuales limitaciones o excepciones al principio de voluntariedad*

1. *La mediación con violencia intrafamiliar*

a) **¿Dificultad absoluta o general?**

La existencia de violencia es considerada por la doctrina, por regla general, una dificultad para la mediación¹⁴. Si hay violencia en las relaciones entre las partes, no es factible el equilibrio de poder que es necesario que exista entre ellas para poder negociar y llegar a acuerdos que sean realmente queridos. Habría serio riesgo de que el acuerdo sea impuesto por una de las partes en contra de la otra, lo que vulneraría la voluntariedad. El acuerdo no sería fruto de la libre decisión de ambas partes.

Sin embargo, pareciera que no hay que ser tan tajante y que la sola presencia de violencia física o psicológica entre las partes no impide la mediación. Es del todo esperable que en los

¹⁴ Ver: Slaikeu (1996), Cárdenas (1999) y Soares (2002).

procesos de mediación en materias de familia, en que se enfrentan conflictos profundos entre personas ligadas por relaciones sentimentales, exista o haya existido algún grado de violencia¹⁵.

Cárdenas distingue entre "casos de violencia" y "casos con violencia". Los casos "con violencia" son aquellos en los que ha habido episodios violentos, pero el foco no es la violencia misma. Los "casos de violencia" son en los que existe una violencia crónica. Respecto a los "casos con violencia", y si esta ha cesado, la situación sería perfectamente mediable. Frente a "casos de violencia", estos resultan mucho más complicados para trabajar en mediación, pero Cárdenas no la desestima absolutamente, sino exige mayor conocimiento y resguardos del mediador (Cárdenas, 1999, p. 212)

Para excluir una mediación, la violencia debe tener un grado que restrinja la libertad de la parte que es víctima. Pero si no es así, el mediador cuenta con herramientas que le permiten equilibrar el poder entre las partes y garantizar su libre expresión y participación voluntaria. El mediador verá si el proceso es o no adecuado¹⁶.

Es posible que el contexto de mediación ayude para que la víctima pueda expresar su posición

sin temor¹⁷. Así es como, fruto de una mediación, puede llegarse al acuerdo de acudir a una terapia, y continuar mediando el resto de las materias¹⁸.

Por cierto, si una vez aplicadas estas técnicas específicas de la mediación, no es posible garantizar la libertad de ambas partes, no se podrá mediar.

b) El maltrato de menores como causa de mediación prohibida

En principio, las causas de violencia intrafamiliar reguladas por la Ley 20.066, de 7 de octubre de 2005 (República de Chile, 2005) son consideradas de mediación prohibida por la LTF (República de Chile, 2004B), junto con otras materias indisponibles como el estado civil de las personas (salvo en los casos contemplados en la Ley de Matrimonio Civil), la declaración de interdicción¹⁹ y los procedimientos propios de la Ley 19620, de adopción (República de Chile, 2004B, artículo 106 inciso 5).

La prohibición es absoluta cuando se trata de "causas sobre maltrato de niños, niñas o adoles-

¹⁵ Como dice Salazar y Vinet "... un alto porcentaje de parejas que asisten a mediación familiar existe o han existido antecedentes de violencia de pareja. Esto resulta relevante, pues aun cuando las materias a mediar no estén directamente ligadas a este fenómeno, es factible encontrar hechos de violencia en parejas que asisten a mediación para la regulación de materias como alimentos, relación directa y regular, entre otros" (Salazar & Vinet, 2011, pp. 9-30). Lo mismo afirma Suares (2002) en cuanto a que no es posible negar o invisibilizar esta realidad. Los mediadores que trabajan en este campo se van a encontrar casi siempre con situaciones con un alto contenido emocional, pero además van a escuchar relatos de episodios de violencia. Una de las características de las mediaciones familiares es que en ellas se "ventilan" temas de violencia (Suarez, 2002, p. 374).

¹⁶ La Recomendación R (98) I del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar de la Unión Europea, establece que: "el mediador debe poner una atención particular a la cuestión de saber si ha tenido lugar entre las partes violencia o es susceptible de producirse en el futuro, y a los efectos que puede tener sobre la situación de las partes en la negociación, y examinar si, en estas circunstancias, el proceso de mediación es adecuado" (Unión Europea, 1998).

¹⁷ Expresan algo similar Curi y Gianella en cuanto que explican que los episodios de violencia ligados a la crisis de la separación pueden ser contenidos por el encuadre de la mediación, como uno de los problemas a conversar durante el proceso. Dicen que esto es posible en la violencia que denominan episódica. Hay otros tipos de violencia, como la simétrica, que dicen que la mediación no constituye un contexto para la resolución de la violencia, pero si es posible mirar la violencia y hablar de ella. Por último, en la violencia complementaria (aquella en que se ha deteriorado la autoestima y se posee una autoimagen como incapaz resolver una situación y de tomar decisiones autónomas), es el juez, que al tener jerarquía superior y ejercer la autoridad, puede resolver la cuestión (Curi & Gianella, 2002, p. 305-315).

¹⁸ La violencia intrafamiliar en casos de conflictos sometidos a mediación es de común ocurrencia. Nuestra experiencia en el Centro de Mediación de la Municipalidad de Puente Alto, en convenio con el Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de los Andes, es que el proceso de mediación asegura a la parte violentada un ambiente de cuidado, lo que le permite negociar exigiendo el respeto a la integridad física y psíquica de su persona.

¹⁹ En realidad, estos procedimientos ya no son de competencia de los Tribunales de Familia conforme a la reforma de la Ley 20.286, de 2008 (República de Chile, 2008): cfr. artículo 8 LTF (República de Chile, 2004B).

centes" (República de Chile, 2004B, artículo 106 inciso 5). Aunque la ley no lo diga expresamente, entendemos que la exclusión rige en general para todos los actos que el artículo 5 de la Ley 20.066 define como de violencia intrafamiliar (República de Chile, 2005).

La prohibición absoluta sobre maltrato de menores es justificada. Primero porque el niño o adolescente maltratados no pueden ser parte en la mediación. Además, no es posible aceptar que los padres o ascendientes medien sobre su maltrato. No es transigible decidir cuántos golpes podrían aceptarse o qué pena debiera cumplir el agresor o si se denuncian o no los actos constitutivos de maltrato. El bien protegido no es disponible.

c) Posibilidad de mediación condicionada entre adultos

La prohibición de mediación en casos de violencia intrafamiliar tiene una excepción en aquellos casos en que los involucrados son adultos. La ley señala que "En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la Ley 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar (República de Chile, 2005), la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley" (República de Chile, 2004B, artículo 106 inciso 6).

La mediación procede en el contexto de que se ha producido una denuncia y se ha iniciado un juicio por violencia ante el juez. El artículo 96 LTF dispone que si el denunciado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la denuncia y existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutarán actos similares en lo sucesivo, el juez puede suspender condicionalmente el dictado de la sentencia, cumpliendo ciertos requisitos que se expresan en la norma (República de Chile, 2004B).

Uno de estos requisitos es "que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones

específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima" (República de Chile, 2004B, artículo 96 letra a). Por ejemplo, procederá acordar alimentos, relación directa y regular u otras materias como pago de deudas, tratos personales, devolución de especies, entre muchos temas propios de las relaciones humanas que puedan ser reparatorios.

Para que se logre acuerdo en estas materias, el inciso 2 del artículo 96 LTF faculta al juez para decretar que se someta a mediación el conflicto (República de Chile, 2004B). En estos casos, se intenta asegurar la voluntariedad mediante dos disposiciones:

1º) Se exige que para proceder a someter a mediación, el tribunal debe resolver "previo acuerdo de las partes" (República de Chile, 2004B, artículo 96 inciso 2).

2º) El juez debe asegurarse de "que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad", para lo cual deberá ser asesorado por uno o más miembros del Consejo Técnico (República de Chile, 2004B, artículo 96 inc. 2).

d) Evaluación de esta decisión legal

La apertura a la posibilidad de mediación, con los resguardos que establece la ley, debe ser evaluada positivamente. Como ya vimos, la posición clásica que entiende que es muy complejo mediar en casos de violencia porque no se cumplirían los principios de voluntariedad, ha evolucionado para abrirse a algunos casos en los que parece beneficiosa la mediación, siempre que los principios sean respetados y protegidos. Por cierto, el mediador será responsable de que su vigencia se mantenga durante el proceso, y declarará frustrada la mediación si observa que existe un menoscabo irrevocable de alguno de ellos.

En conclusión, no hay excepción a la voluntariedad como principio de la mediación, ya que la prohibición de mediar cuando existe violencia y esta no es superada presume la involuntariedad de la parte violentada en el proceso; luego la prohibición de mediar para el mediador es más bien resguardo de la voluntariedad de las partes, y no excepción a ella.

2. La llamada "mediación previa" para ciertas causas

a) El concepto de mediación previa y su relación con el principio de voluntariedad

El artículo 106, inciso 1 LTF (República de Chile, 2004B), precisa lo que se entiende por mediación previa:

Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar 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, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.

Se trata de que quienes intenten un procedimiento judicial se deben someter a la designación de un mediador, si no lo acuerdan ellas mismas. Solo si la mediación se frustra, podrán iniciar un proceso judicial, acompañando el certificado de mediación frustrada.

Es conveniente señalar que de acuerdo con el artículo 111, inciso 4 LTF (República de Chile, 2004B), se entiende frustrada la mediación por el solo hecho de que alguno de los participantes, al ser citado por dos veces, no concurriera a la sesión inicial, ni justificare causa. El artículo 109, inciso 2° LTF (República de Chile, 2004B), limita a una citación la frustración por ausencia injustificada en causas de alimentos.

La relación con el principio de voluntariedad es bastante clara y problemática. ¿Cómo puede decirse que impera la voluntariedad si la ley obliga a las partes a someterse a una mediación como requisito previo para acceder a la vía jurisdiccional?

Si el artículo 106, inciso 1 (República de Chile, 2004B), al establecer la mediación previa obligara a las partes a participar de un proceso de mediación, esta norma constituiría una excepción al principio de voluntariedad de las partes, pues se verían forzadas a participar de una mediación incluso en contra de su voluntad. Si analizamos esta norma en relación con los arts. 105 b, 109 inciso 2, y 111, inciso 4 LTF (República de Chile, 2004B), veremos que la obligatoriedad no se refiere a la participación en un proceso de mediación, sino que tiene un alcance menor.

Para determinar si estamos frente a una limitación auténtica de la voluntariedad en este caso, deberíamos distinguir si se trata del requirente (potencial demandante) o del requerido (potencial demandado).

b) Voluntariedad del requirente

Ya hemos visto que el artículo 105 letra b, consagra el principio de voluntariedad en su aspecto negativo, en tanto que "... los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento" (República de Chile, 2004B). Esta norma podría dar a entender que en la mediación previa las partes deberían asistir a la primera sesión ante el mediador. Solo después de ella, tendrían el derecho a retirarse y a pedir que se considere frustrada la mediación.

Esta interpretación debe ser desechada, pues, según el artículo 111, inciso 4 LTF, "Se entenderá que la mediación se frustra si *alguno de los participantes*, citado por dos veces, no concurriera a la sesión inicial, ni justificare causa"²⁰ (República

²⁰ El destacado es nuestro.

de Chile, 2004B). La consecuencia de esta norma es que no es obligatorio ni siquiera acudir a la sesión inicial. Le bastará esperar la segunda citación, no asistir, y luego pedir el certificado de mediación frustrada para poder presentar la demanda en el tribunal.

Se conserva así en toda su integridad el principio de voluntariedad de la mediación, incluso en su aspecto de no incorporarse a este proceso.

c) Voluntariedad del requerido

La misma norma del artículo 111, inciso 4 LTF (República de Chile, 2004B), incluye también al requerido, por lo que si este no asiste, siendo citado hasta por dos veces, la mediación queda frustrada.

Hace excepción a esto el artículo 109, inciso 2 LTF, que dispone que "Si el requerido, citado por una sola vez, no acude a la primera sesión de mediación y no justifica su ausencia, el requirente quedará habilitado para iniciar el procedimiento judicial" (República de Chile, 2004B). Tratándose, entonces, de alimentos, la ley exige una sola inasistencia del requerido, para que el requirente pueda ir al procedimiento judicial.

Ahora bien, si el requerido asiste, rige plenamente el principio de voluntariedad manifestado en el artículo 105 letra d, ya que esa concurrencia no le impone ninguna obligación de permanecer en el proceso y podrá retirarse en cualquier momento y sin expresión de causa, caso en el cual la mediación se tendrá por frustrada (República de Chile, 2004B).

Si no se afecta el principio de voluntariedad, ¿cuál es entonces el significado de la mediación previa?

La mediación previa no debe confundirse con mediación forzosa u obligatoria. Lo dice Moore (2006) al explicar la voluntariedad de la media-

ción, en cuanto que esta no significa que no pueda ejercerse presión en el sentido de ensayar la mediación. Pone como ejemplo que los jueces pueden ejercer una presión importante para inducir a ensayar la mediación, incluso como un medio anterior a que el tribunal conozca el caso. Y reafirma: "Sin embargo, el intento de mediación no significa que los participantes se vean obligados a concertar un arreglo" (Moore, 2006, p. 52).

Se trata de un incentivo, que se hace a las partes para utilizar este método, pero al cual deben concurrir haciendo uso de su libertad personal. Ninguna de ellas, tampoco el requirente, está obligado a participar en el proceso, ni siquiera en la sesión inicial²¹. Por cierto, existe el riesgo que la mediación previa termine constituyéndose en un trámite que dilate los procedimientos judiciales y agudice los conflictos o provoque sensación de burocracia. Por ello es importante desarrollar mediaciones con buenas prácticas en cuanto a información²², agilidad en los trámites²³ y profesionalismo del mediador²⁴.

Algunos autores nominan la mediación previa, como mediación involuntaria u obligatoria. La definen como aquella en que las partes llegan a mediación por una cláusula contractual, por

²¹ El mecanismo puede ser muy útil para incentivar el acceso a la mediación de las familias en conflicto. La mediación no es una disciplina ampliamente conocida, su incorporación es reciente y la recepción legal aún más. Establecer incentivos legales para que las personas acudan a un mediador permite dar a conocer este servicio y fomenta que las personas decidan transitarlo, liberando a los tribunales de parte de su carga.

²² En el juzgado de familia debe darse información veraz y oportuna al posible demandante sobre lo que es e implica un proceso de mediación, de manera que no acuda al mediador sólo para buscar el certificado de mediación frustrada, sino con la intención real de mediar.

²³ Estos debieran ser lo más expeditos posibles, sin formalidades que entorpezcan, especialmente, la realización pronta de la primera sesión de mediación. El mediador debe citar a las partes de la manera más cercana y amigable posible. La mediación no es un proceso judicial, luego las citaciones deben tener el tenor acostumbrado en los juzgados. Deben ser invitaciones a participar en un proceso de resolución alternativa de disputas, que acogerá por igual a todos los interesados.

²⁴ La mediación es una disciplina que trabaja con personas en estados vulnerables. Es necesario que el mediador sea un profesional competente, capaz de llevar adelante un proceso en que las partes deseen participar y cooperar.

orden del tribunal o por sugerencia del juez. Esto para distinguirla de la mediación voluntaria, que es aquella en que las partes acuden a mediación por acuerdo de las partes, por solicitud de una de ellas o por consejo de una tercera persona. Macarena Vargas aplica esta nomenclatura a la legislación chilena y concluye que nuestra mediación previa sería siempre obligatoria (Vargas, 2008). Además, en apoyo a su tesis, cita a Moore (2006), quien describe diversos medios de ingreso a la mediación, pero sin asignarles la calificación de obligatorias a aquellas mediaciones inducidas por la autoridad.

A nuestro entender la citada distinción no es feliz, pues induce a error. Como ya se ha visto a lo largo de este escrito, la voluntariedad es esencia de la mediación y se refiere a la libertad de los partícipes de transitar un proceso de mediación. Esta voluntariedad, aún en casos de mediación previa, como lo establece nuestra legislación, queda vigente. Luego, nominar mediación obligatoria una mediación por el solo hecho de ser provocada o promovida por una autoridad nos parece inapropiado. Es darle un contenido diverso al vocablo voluntariedad, dejándolo solo referido a un aspecto formal, a saber, qué es lo que motiva o induce a las partes a asistir a un proceso de mediación.

Esto no manifiesta la realidad de la voluntariedad, que hace alusión a un elemento esencial que se ancla en cada uno de los participantes en la mediación. No es posible vulnerar este principio sin que cambie la naturaleza de este proceso de resolución pacífica de disputas; luego, hablar de mediación obligatoria sería una contradicción en los términos.

3. *La voluntariedad después del acuerdo*

El principio de voluntariedad tiene, sí, una limitación cuando la mediación resulta total o parcialmente exitosa, y se llega a un acuerdo entre las partes en conflicto en uno o más aspectos.

Una vez firmada el acta de acuerdo, esta será obligatoria para las partes que la hayan suscrito. El artículo 111 LTF (República de Chile, 2004B) expresa que si las partes llegan a un acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación deberán firmar un acta de mediación, la cual será remitida al tribunal para su aprobación. Una vez aprobada por el juez, la ley le otorga valor de sentencia ejecutoriada. En este instante ya no será disponible por las partes y puede hacerse exigible por la fuerza.

Hay que tener presente que, por regla general, en materias de familia, la cosa juzgada solo es formal en cuanto que las partes pueden, transcurrido el plazo que la ley determina, demandar nuevamente la misma materia y por la misma causa, si hay un cambio de circunstancias que lo amerite. Esta regla se aplica de igual manera, tanto que la sentencia sea fruto de la aprobación de un acta de mediación firmada por el acuerdo de las partes, como si la sentencia es fruto de decisión judicial.

En el Informe, ya citado, elaborado por el Ministerio de justicia, el 87,1% expresa que el mediador les informó que en caso de llegar a un acuerdo este tenía el mismo efecto que una sentencia judicial (Subsecretaría de Justicia de Chile, TNS, 2011, p. 20), y el 85,1% dice tener claras las ventajas del acuerdo obtenido a través de una mediación, permanece en el tiempo, en la medida que satisface a las partes (Subsecretaría de Justicia de Chile, TNS, p. 22). Si tomamos en consideración las respuestas de estos participantes en el proceso de mediación en relación al 72% que dice que el acuerdo se ha cumplido total o casi totalmente, podemos concluir que en la práctica, el acuerdo obtenido por la libre voluntad de los participantes tiene un índice de cumplimiento muy alto. Queda claro que la obligatoriedad de la sentencia judicial proviene fruto del acuerdo de voluntades y no de la imposición del juez y que, por ese motivo, hay un cumplimiento eficaz.

VI. Conclusiones

Del estudio que hemos hecho del principio de voluntariedad en el sistema de mediación familiar chileno, podemos obtener las siguientes conclusiones particulares:

- 1) La voluntariedad es un principio esencial de la mediación como forma alternativa de resolución pacífica de disputas y este se extiende no solo a la libre decisión de participar en el proceso, sino a la actitud proactiva y la buena fe de las partes, en la búsqueda de una solución al conflicto que les aqueja. Algunos autores dicen que esta actitud es tan determinante que puede hablarse de un principio diferente, el de protagonismo de las partes. Esta concepción de la mediación implica que las partes deben participar personalmente en el proceso. Los abogados solo podrán acompañar, pero nunca reemplazarán a las partes.
- 2º) El principio de voluntariedad es un principio vigente no solo para las partes del proceso, sino también para otros participantes como los terceros y el mediador. Aunque la ley no lo diga expresamente, al mediador también se le aplica la voluntariedad, pero de manera diversa que a las partes, en cuanto es un medio para resguardar la vigencia en el proceso de otros principios esenciales de la mediación. Por otro lado, debe conjugar esta facultad con la obligación que ha contraído de llevar adelante los casos de mediación que le son asignados. La extensión de esta obligación dependerá de si el mediador es contratado o licitado, o si trabaja privadamente.
- 3) La mediación en casos en que exista o haya existido violencia no constituye una excepción a la voluntariedad, más bien un resguardo de ella. Si el caso no es susceptible de ser mediado, será porque no hay garantía que la parte violentada pueda participar voluntariamente. En los casos en que se evalúa que la

mediación es posible, es porque se ha llegado a la convicción de que la parte violentada podrá participar de él libre y voluntariamente, sin ser presionada por la violencia sufrida.

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

Por tanto, no se trata de una obligación de mediar, lo que sería una contradicción en los términos. Es por ello que el término usado por algunos autores de "mediación obligatoria o mediación involuntaria" nos parece no del todo adecuado, ya que induce a un error que desnaturaliza la mediación como proceso voluntario de resolución alternativa de controversias.

- 5º) La fuerza ejecutiva del acuerdo es precisamente la libertad de las partes de obligarse a cumplir determinadas prestaciones a las que llegaron por libre voluntad. La sentencia ejecutoriada que aprueba el acuerdo solo otorga el marco legal adecuado y la certeza jurídica necesaria al sistema, pero el acuerdo libre es la causa de la obligatoriedad. Esto es justamente el fruto, éxito y cumplimiento de la libertad personal.

Referencias bibliográficas

- Alcalde, E. (2003). *Los principios generales del derecho: su función de garantía en el derecho público y privado*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Alcalde, E. (2008). *Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en*

- Chile. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, (N.º 3), pp. 463-484.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*, (M. Atienza & I. Espejo, Trans.). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Barker, J. R. & Domenici, K. L. (2000). Prácticas de mediación para equipos generadores de conocimientos. En D. Fried, & J. Schnitman (comp.). *Resolución de conflictos, nuevos diseños, nuevos contextos* (pp. 253-300) Buenos Aires: Argentina, Editorial Granica.
- Bernal, T. (2008). *La mediación, una solución a los conflictos de pareja*. Madrid, España: Editorial Colex.
- Bianchi, R. A. (1996). *Mediación prejudicial y conciliación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Zavalia.
- Brandoni, F. (2011). Construcción de calidad en el ejercicio del mediador. En F. Brandoni (comp.). *Hacia una mediación de calidad* (pp. 25-57). Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós.
- Canales, P. (2003). La mediación familiar, conceptos generales y legislación extranjera. En DEPESEX/BCN, Serie Estudios, Año XIII, n.º 178. 57 pp. Recuperado el 7 de septiembre de 2012, de http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro278.pdf
- Cárdenas, E. J. (1999). *La mediación en conflictos familiares*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Lumen/Humanitas.
- Comunidad Autónoma Canaria. (2005). *Ley 3 de 2005, que modifica la Ley 15 de 2003 sobre la Mediación Familiar*, publicada en el Boletín Oficial de Canarias, 130, del 5 de julio de 2005.
- Curi, S. & Gianella, C. (2002). Mediación y violencia familiar en el contexto judicial. *Revista La Ley, (Mendoza)*, Año 7, vol. 3, pp. 305-315. Recuperado el 7 de septiembre de 2012, de <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/73.pdf>
- Diez, F. & Tapia, G. (1999). *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Editorial Ariel Derecho.
- Escrivá-Ivars, J. (2001). *Matrimonio y mediación familiar*. Madrid, España: Ediciones Rialp.
- Fiegelist, B. (2010-2). Análisis comparativo de los principios de la Mediación Familiar. *Revista de Derecho, (Concepción)*, (Nº22), pp.31-43.
- García, M. (2002). La mediación familiar y su práctica profesional. *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar*, (No. 25), pp. 91 -108.
- Gómez, P. (1999). Propuestas y reflexiones éticas acerca del ejercicio de la mediación en Chile como forma de resolución no adversarial de los conflictos. *Revista de Derecho, (Universidad Católica de Valparaíso)*, XX, pp. 343-375.
- Ministerio de Justicia de Chile. (2008). *Decreto Supremo 763 del 14 de noviembre de 2008*. Santiago, Chile.
- Ministerio de Justicia de Chile. (2011). *Resolución 188 del 29 de agosto de 2011, que aprueba nuevas bases de licitación de servicios de mediación*. Santiago, Chile.
- Ministerio de Justicia de Chile. Ernst & Young (2010). *Diagnóstico al sistema licitado de mediación familiar*. Recuperado el 7 de septiembre de 2012, de http://www.mediacionchile.cl/phocadownload/estudios/EST_10.pdf
- Moore, C. (2006). *El proceso de mediación*. (A. Leal Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Granica.
- Muldoon, B. (1996). *El corazón del conflicto*. (S. Alonso Trad.). Barcelona: Editorial Paidós.
- Naciones Unidas. (1989). *Convención de Derechos del Niño de 1989*. Naciones Unidas.
- Otero, M. (2007). El Iter Mediatoris. *Estudios Jurídicos*, (N.º 3), (Universidad Católica de Uruguay), pp. 339 – 415.
- Redorta, J. (2004). *Como analizar los conflictos*. Barcelona: Editorial Paidós.
- República de Chile. (2004A). *Ley 19.968 de 2004, Tribunales de la Familia*, publicada en el Diario Oficial del 30 de agosto de 2004. Santiago, Chile.
- República de Chile. (2004B). *Ley 19.947 de 2004, Matrimonio Civil*, publicada en el Diario Oficial del 17 de mayo de 2004. Santiago, Chile.
- República de Chile. (2005). *Ley 20.066 de 2005, Violencia Intrafamiliar*, publicada en el Diario Oficial del 7 de octubre de 2005. Santiago, Chile.
- República de Chile. (2008). *Ley 20.286 del 15 de septiembre de 2008*. Santiago, Chile.
- Salazar, D. & Vinet, E. (2011). Mediación familiar y violencia de pareja. *Revista de Derecho, (Valdivia)* Vol. XXIV, (Nº 1), pp. 9-30.
- Six, J. F. (1997). *Dinámica de la mediación*. (P. Larraz, Trad.) Barcelona: Editorial Paidós.

- Slaikau, C. A. (1996). *Para que la sangre no llegue al río, una guía práctica para resolver conflictos*. (G. Zadunaisky, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Granica.
- Suares, M. (2002). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós.
- Subsecretaría de Justicia de Chile. ClioDinámica Asesorías. (2011). *Servicio de diseño, aplicación y análisis de encuesta de satisfacción de usuarios/as e instituciones relacionadas del Sistema Nacional de Mediación*. Recuperado 7 de septiembre de 2012, de <http://www.mediacionchile.cl/2012-03-22-18-01-11/estudios-y-auditorias.html>
- Subsecretaría de Justicia de Chile. TNS. (2011). *Aplicación y análisis encuesta de satisfacción de usuarios y usuarias del sistema de mediación*. Recuperado el 7 de septiembre de 2012, de <http://www.mediacionchile.cl/2012-03-22-18-01-11/estudios-y-auditorias.html>
- Unión Europea. (1998). *Recomendación N°R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la Mediación Familiar*. Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998. Unión Europea.
- Vargas, M. (2008). Mediación obligatoria y algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho, (Valdivia), Vol XXI, (N.º 2)*, pp. 183-202.
- Vinyamata, E. (2003). *Aprender de Mediación*. Barcelona: Editorial Paidós.