

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho



La mediación y su aplicación en el área comercial. Una solución deseable

Memoria de Prueba para optar al Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor Patrocinante: Sr. Claudio Aravena Bustos
María Paloma Sepúlveda González

Valdivia, 04 de agosto de 2003.

SR. JUAN OMAR COFRE LAGOS
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO
Y CIENCIAS DEL DERECHO. FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE.
PRESENTE.-

De mi consideración:

Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, vengo en informar la memoria de prueba titulada: "**La Mediación y su aplicación en el área comercial. Una solución deseable.**", de la señorita **MARÍA PALOMA MACARENA SEPULVEDA GONZÁLEZ.**

Este trabajo está estructurado en cuatro capítulos. En el primero de ellos, se entregan ciertos conceptos preliminares tales como, justicia, y negociación, que ayudan a comprender de mejor forma el tema principal, logrando ambientarlo dentro del ámbito de la negociación y la esfera práctica.

En el segundo capítulo, se continúa con lo planteado en el capítulo precedente, pero desde una relación de género a especie y por ello se dan a conocer los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos como una especie de negociación, su historia y formas del mismo.

En el capítulo tercero, la tesista da comienzo al estudio pormenorizado de la mediación, quedando antes establecido en forma clara el orden estructural seguido por la alumna, esto es: Negociación- Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos- Mediación. En este capítulo se dan a conocer las notas básicas de la institución, sin perder de vista el objetivo principal, el cual es: poder apreciar la aplicación de la mediación en las controversias comerciales y cómo su utilización sirve para resolverlas de una forma más adecuada a las necesidades de hoy en día.

Por último, en el capítulo cuarto y final, se intenta dar respuesta a las diferentes interrogantes y potenciales problemas que podría enfrentar la aplicación de la mediación obligatoria en nuestro país, lográndose una defensa y justificación lógica de la institución.

El trabajo fue redactado en muy buena forma, con un lenguaje entretenido, de fácil comprensión, no obstante la profundidad del tema, demostrando de paso el manejo de un lenguaje jurídico por sobre lo anhelable en un alumno de pregrado. La tesista aborda el terna con pasión, su preocupación en la exploración de fuentes, escasas sobre la materia, va más allá de lo exigido, alcanzando una comprensión del mismo digno de elogio. Así la búsqueda, manejo, selección y consulta directa a las fuentes bibliográficas fueron sobresalientes, y son el reflejo de la seriedad con que se realizó el trabajo. La actualidad e importancia del tema, las conclusiones y apreciaciones a las que arriba la tesista, el manejo de las experiencias de derecho extranjero y su comparación con el derecho soluciones sensatas, nos indican que nos encontramos en presencia de un trabajo que sin lugar a dudas será un

aporte a la reflexión jurídica de nuestro país, lo que debe ser reconocido por ésta Facultad.

Por lo anteriormente expuesto, soy de la opinión de aprobar esta memoria calificándola con nota 7,0 puntos, salvo, mejor parecer de esa autoridad.

Sin otro particular, se despide atentamente

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

CLAUDIO ARAVENA BUSTOS
PROFESOR DE DERECHO COMERCIAL II

Indice

	Página
Introducción	1
1.1. Capítulo Primero	11
Conceptos previos	
1.1 El concepto de Justicia	11
1.2 Diversos conceptos de justicia	11
1.3 Negociación	16
1.4 Relación entre justicia y negociación	20
2. Capítulo Segundo	22
El uso de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos	
2.1 Los MARC	22
2.2 Conceptualización de los MARC	24
2.3 Evolución histórica de los MARC	27
2.4 Los diferentes MARC	35
3. Capítulo Tercero	38
La mediación	
3.1 Concepto	38
3.2 Características	39
3.3 Conflictos susceptibles de ser objeto de mediación	41
3.4 Modelos de Mediación	48

3.5 Etapas de la Mediación	50
3.6 Aplicación de la mediación a controversias comerciales	53
3.6.1 ¿Qué se entiende por conflicto o controversia comercial?	53
3.6.2 Conflictos comerciales sometidos a mediación	55
3.6.3 Casos de mediación del Derecho comparado	67
3.7 El alcance de los acuerdos en la mediación	74
3.8 Ventajas y desventajas de la utilización de la mediación	76
4. Capítulo Cuarto	86
Mediación, ¿Una privatización de la justicia?	
4.1 Una ley de mediación para Chile	86
4.2 Implicancias Constitucionales	91
Conclusiones	99
Bibliografía	102

Introducción

“Una anécdota que suele contarse para ilustrar las ventajas de la mediación es la de dos niños que se peleaban por la última naranja que quedaba en la heladera. La madre, al oír la discusión, resolvió el conflicto salomónicamente, diciéndoles a los chicos que cortaran la naranja por la mitad y la compartieran en partes iguales. Un mediador, en cambio, le habría preguntado a cada niño: ¿Por qué quieres la naranja?. Tras enterarse de que uno de los chicos quería hacer jugo de naranja y el otro quería hacer mermelada habría facilitado un mejor resultado por la vía de instar a un niño a exprimir el jugo de toda la naranja, y al otro, a utilizar la cáscara y la pulpa. Este ejemplo ilustra el modo como la mediación brinda la posibilidad de encontrar soluciones en las que todas las partes *salgan ganando*.”¹

En los últimos tiempos el ser humano se ha visto involucrado en un paulatino proceso de cambio, el hombre del siglo XXI se encuentra acorralado por las grandes transformaciones que asisten al mundo de hoy. Por un lado se ve enfrentado al fenómeno de la globalización, a la expansión, integración y bombardeo de información, a la denominada *aldea global* y a la interconexión virtual a través de la Internet.

Pero por otra parte, irónicamente, nos encontramos frente a un individuo cada vez más aislado afectivamente, dominado por el consumo masivo de bienes materiales y la búsqueda de poder, llegándose al deterioro de las relaciones interpersonales y utilizando la violencia como forma habitual

¹ Picker, Bennet G., *Guía práctica para la mediación*, Editorial Paidós, Argentina, 1998. pág.15.

de comunicación. Litigar, pleitear y demandar son verbos que parecen formar parte de nuestra evolucionada idiosincrasia.

Todas estas situaciones han contribuido a que el ser humano de nuestra actual sociedad experimente una regresión en la concepción de sí mismo, convirtiéndose en un ser individualista, aislado y petrificado en el yo, generando egoísmo, incomunicación e intolerancias, lo que redundará en el surgimiento de conflictos.

Sin embargo, una aspiración consustancial al hombre, es su afán de trascendencia y en aras de poder lograr tal objetivo, el ser humano está tratando de recuperar la conciencia de su propio ser.

"La premisa de esta tarea de recomposición está en el reconocimiento de que la persona humana es un yo-solidario; es decir, que su mismidad no se agota en la relación consigo mismo, sino que se completa en la imprescindible relación con el otro. Es lo mismo que sostener que el otro nos constituye, convirtiendo la relación mutua en elemento constitutivo del ser persona".²

Es por esto que, en el afán de reconciliación y en la posibilidad de poder experimentarnos como seres solidarios, la mediación encuentra el ámbito propicio para desarrollarse y remediar esta situación.

"La teoría de la mediación como instrumento de composición social se inscribe en el más amplio marco de la crisis de la modernidad y se apunta como una de las respuestas de la posmodernidad a las exigencias de cohesión

² Aiello De Almeida, María Alba, *MEDIACIÓN: formación y algunos aspectos claves*, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. XII.

social. En la crisis del Estado moderno, en la que éste se encuentra con grandes dificultades en el ejercicio de su función de regulación y producción normativa, la legitimidad del derecho racional comienza a ser seriamente contestado como fuente de regulación social".³

Paradójicamente frente al rápido avance y desarrollo de la sociedad, el hombre está buscando nuevas formas de resolución de conflictos, propias de escenarios jurídicos más primitivos y de antaño, en donde la figura del mediador hace su aparición para actuar dentro de la crisis desarrollada al interior de la tribu, el clero, las colonias e incluso en civilizaciones orientales como las de China y Japón, facilitando a las partes la comunicación y procurando que logren un acuerdo pacífico.

La mediación y otros métodos alternativos para la resolución de conflictos, surgen como respuestas para dar solución a esta crisis, rompiendo los esquemas de confrontación individualista y reemplazándolos por métodos donde cobran importancia los principios de colaboración y acuerdo comunitario.

"Al día de hoy. Son muchos los autores que- participando de diversas experiencias y programas (MISP de New México Center for Dispute Resolution; Mediation Project de la NAME, Programa de iniciativas Escolares de San Francisco (EEUU); Programa de Educación de Ontario (Canadá); Programa de Mediación de Buenos Aires (Argentina)- están de acuerdo en afirmar que los efectos de la mediación y del resto de los

³ Retuerto Buades, Margarita, Jornadas del VI congreso nacional de Derecho Sanitario, España, www.aeds.org/congreso06/6congre-htm.

métodos alternativos de resolución de conflictos que se enseñan y practican en las escuelas y universidades se extienden como *un virus de paz* a través de las sociedades, haciendo que la comunidad en conjunto disfrute de sus beneficios".⁴

Los métodos alternativos de resolución de conflictos han sido incorporados paulatinamente en los diversos sistemas de justicia de los países americanos. De ésta manera, los fundamentos y finalidades perseguidos por los distintos Estados han sido similares, a saber; la necesaria descongestión de los tribunales de justicia, la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de los conflictos y el mejoramiento del acceso a la justicia para las poblaciones.

Conocido es el esfuerzo de nuestro Ministerio de Justicia, por modernizar y reformar el sistema de administración de justicia, intentando actualizarlo a las exigencias de la sociedad de hoy y a las de un gobierno democrático donde se aseguren las vías de participación ciudadana.

Pese a ello, en nuestro país, aún no contamos con una legislación específica para la mediación, siendo ésta una situación que nos diferencia de nuestros hermanos latinoamericanos.

Es así como en Argentina la Ley N° 24.573 establece la obligatoriedad de la mediación previa a todo juicio (que rige sólo para la capital Federal Argentina).

⁴ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, "Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos", pág. 15.

A partir del 4 de Septiembre de 1997, en Ecuador rige la Ley N° 000.RO/145 de Arbitraje y Mediación.

Colombia, por su parte, cuenta con el Decreto N° 1818 del 7 de Septiembre del año 1998 sobre Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en Puerto Rico son instrumentados en el ámbito jurisdiccional, existiendo los Centros de Mediación de la Administración de Tribunales y el Negociado de Conciliación y Arbitraje del Departamento de Trabajo.

Podemos apreciar que son muchos los ejemplos de iniciativas latinoamericanas por consagrar la resolución alternativa de conflictos (en adelante RAC) dentro de sus propios ordenamientos jurídicos.

Chile contempla actualmente la mediación en diferentes proyectos de ley y textos legales, pero no contamos con una regulación estatal, específica y uniforme que regule al llamado *gigante dormido de la RAC*, salvo los estatutos de organizaciones privadas que brindan los servicios de arbitraje y mediación.

Es así como, en el proyecto de ley de Matrimonio Civil, el Senado ha optado por una mediación voluntaria (artículos 72 al 80), en los procesos de separación judicial, tras una conciliación que sí tiene el carácter de obligatoria. Luego de ésta, el juez podría instar a los cónyuges a una mediación según lo establecido en el artículo 71 del proyecto y que no duraría más allá de 60 días.

La mediación también se encuentra consagrada en forma aislada, en el artículo 352 de nuestro Código del Trabajo a

propósito del procedimiento de negociación colectiva, y en el artículo 374 bis del mismo cuerpo de normas, donde se establece la mediación durante el proceso de huelgas. La Dirección del Trabajo institucionalizó un sistema de prevención y solución de conflictos laborales colectivos que tiene como objetivo: "Generar una instancia operativa que permita promover una cultura de colaboración, mediante la integración de actitudes asociadas a la mediación, como son, el respeto mutuo, la flexibilidad, la creatividad, la confianza y la buena fe".⁵

También dentro de la regulación, de los tan esperados Tribunales de Familia- que vendrían a reemplazar a los juzgados de menores- se contempla la mediación como mecanismo de solución de conflictos. Es así como, se establecerá un sistema de mediación, definido en el proyecto como: "aquel sistema de resolución de conflictos no adversarial, en que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a mejorar la comunicación y buscar por si mismas una solución a su conflicto".⁶

Según lo expuesto podemos apreciar que la mediación no es del todo ajena a nuestro sistema jurídico, advirtiéndose eso sí, la falta de una regulación general.

La RAC tampoco es totalmente extraña a nuestro ordenamiento legal. Conocidas son las instituciones del arbitraje y la conciliación, las cuales han sido objeto de una mayor reglamentación por parte de nuestro legislador

⁵ Orden de Servicio N°1 Dirección del Trabajo, 30 de Enero de 2002, que creo el Sistema Alternativo de Conflictos Laborales, S.A.S.C.

⁶ El proyecto recién citado sufrió modificaciones y actualmente no se define la mediación en su nueva formulación.

nacional. Estableciéndose el llamado obligatorio a conciliación por la Ley N° 19.334 en 1994, salvo las excepciones legales y en donde se logra el acuerdo directo de las partes en base a las proposiciones de arreglo formuladas por el tribunal, que actúa como amigable componedor; luego podemos citar como ejemplo de los intentos para la elaboración de una nueva ley de arbitraje nacional, el foro realizado con fecha 20 y 21 de junio del 2001, en la ciudad de Valparaíso. Ello sin perjuicio, de la regulación legal del arbitraje en nuestro Código Orgánico de Tribunales y Código de Procedimiento Civil, en los artículos 222 al 243 y 628 al 644, respectivamente.

"Si bien es cierto; los métodos alternativos de resolución de conflictos⁷ están jurídicamente reconocidos y, en algunos casos, han sido materia de normas legales y reglamentarias específicas, sus aplicaciones efectivas y su implementación concreta por parte de los sistemas de justicia de países americanos es un proceso recién iniciado y en estado incipiente. Esto resulta aún más cierto y demostrable en lo referido al ámbito propiamente jurisdiccional de los sistemas de administración de justicia, por contraposición con la aplicación e implementación de los MARC en los ámbitos no jurisdiccionales (administrativos, gremiales, corporativos y comunitarios), en donde existe un mayor desarrollo relativo".⁸

Es así, como a nivel latinoamericano existen una serie de instituciones no gubernamentales que brindan los servicios

⁷ En adelante MARC.

⁸ Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, op.cit en nota 4, pág 10.

de mediación y arbitraje, tales como: la Fundación LIBRA en Argentina; el Centro de Conciliación y Arbitraje de Paraguay; el Centro de la Cámara de Comercio de Caracas, Venezuela; los Centros de Conciliación integrados por vecinos relevantes, comerciantes y todos aquellos que tengan capacidad y formación para mediar - los que están controlados por el Estado- y desarrollan su actividad en el seno de las comunidades, en Bolivia.

Dentro del contexto mundial, también encontramos organismos dedicados a la RAC, tales como; El CPR Insitute for Dispute Resolution, antes conocido como The Center for Public Resources o Centro de Recursos Públicos; el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual); la Accord Associates en Estados Unidos, que se dedica a la mediación ambiental y recursos naturales, etc.

En nuestro país la situación es similar, ya que contamos con un gran número de entidades privadas que se dedican a la RAC, entre ellos: Los Centros de Arbitraje y Mediación dependientes de las Cámaras de Comercio de Santiago, Valparaíso y Concepción; el Centro de Arbitraje dependiente de AMCHAM (Cámara Chileno Norteamericana de Comercio); o el Centro de Mediación de Conflictos Ambientales, que sería creado por el acuerdo firmado entre la Universidad de Chile y Casa de la Paz, el 20 de Diciembre del 2001.

Sin embargo, todos estos esfuerzos responden a iniciativas de personas jurídicas privadas u organizaciones no gubernamentales que han tratado de actualizarse a las nuevas demandas de la comunidad, sobre todo del área

comercial, en donde el vertiginoso mundo empresarial requiere de soluciones rápidas a los eventuales conflictos que surjan en su seno.

Pese a ello, a nivel ministerial, nos encontramos con la creación, en Noviembre de 1997, por el Ministerio de Justicia, del *Programa Piloto de Mediación anexa a Tribunales*, en el marco del proyecto de ley que crea los futuros Tribunales de Familia.

Finalmente, podemos decir que el objetivo de esta memoria es contribuir a la investigación y difusión de los MARC, y en particular al de la mediación, ya que son escasos los estudios, sistematizaciones y evaluaciones existentes de ellos hasta el momento en nuestro país. Es por esto, que en el primer capítulo abordaremos conceptos bases como el de Negociación y el de mediación, analizaremos cuáles son las ventajas y desventajas del empleo de la mediación en general, para luego acotar nuestro estudio a la aplicación de ella en el área comercial.

Así también, evaluaremos la situación de la mediación en nuestro país, su nivel de difusión, utilización y conocimiento por parte de los usuarios del sistema jurídico.

Luego, en el capítulo de cierre plantearemos las bases de una posible regulación legal de la mediación en nuestro país.

Por último, cabe dejar planteada la interrogante acerca de si la introducción de los MARC o de la RAC en nuestro ordenamiento jurídico, implica una privatización de la justicia, ¿Se trataría acaso de un sistema parajudicial?, ¿De un tipo de justicia informal?, o bien ¿Se estaría atentando

contra las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N°3 de nuestra Constitución Política? (igual protección en el ejercicio de sus derechos, gratuidad en ciertos casos, debido proceso, el acceso igualitario a la justicia, etc).

Dejamos abiertas estas preguntas para poder contestarlas en el desarrollo de esta memoria.

Capítulo I

Conceptos previos

1.1 El concepto de Justicia:

Sin duda que dentro del proceso de mediación la justicia juega un rol preponderante, pues las partes buscan satisfacer sus intereses de la forma que les sea más conveniente, de manera tal, de poder sentir *que se les hizo justicia*, por ello más que un valor, ella implicaría una noción de equivalencia o de proporcionalidad, entre lo que una parte concedió y lo que obtuvo.

Es por esto, que merece nuestra atención la noción de justicia y el poder determinar qué rol ocupa dentro de una mediación.

En la resolución de conflictos tradicional, como lo es el proceso, pareciera estar de alguna forma resguardada la idea de justicia a través de las normas que regulan su ritualidad. Por lo mismo, podría considerarse como una desventaja de la mediación y a la vez como una fortaleza del proceso, el hecho de que éste constituya una regulación objetiva, en donde el resolver el conflicto no está a cargo de las partes, sino de una instancia especial, que es impuesta a ellas con igualdad. Dejamos este problema pendiente para abordarlo dentro del capítulo de la mediación, al analizar sus ventajas por sobre la resolución tradicional de conflictos. Por ahora, nos basta con determinar si la justicia va envuelta dentro de un proceso de mediación.

1.2 Diversos conceptos de justicia

El jurista Hans Kelsen, ya advertía en su obra al preguntarse por la justicia: "No hubo pregunta alguna que

haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. Tal vez se deba a que constituye una de esas preguntas respecto de las cuales resulta válido ese resignado saber, que no puede hallarse una respuesta definitiva: sólo cabe el esfuerzo por formularla mejor.”⁹

Muchos son los conceptos de justicia que se han dado a lo largo de la historia, ya en el mundo romano existía una preocupación por conceptualizarla y esto lleva a Ulpiano a definirla como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”, según esta virtud somos inclinados a dar a cada persona lo que le es debido.

Pero tal como lo señala el jurista español, Luis Recasens Siches, en la historia del pensamiento, la palabra justicia ha sido empleada en dos sentidos con diferente alcance. Por una parte, se ha usado para designar el criterio ideal del derecho, o la idea básica que debe inspirar al derecho, es decir, se trata de aquella *justicia* que debe regir las relaciones interhumanas externas.

Por otra parte, ha sido empleada en su acepción de virtud, para denotar aquella virtud omnicomprensiva de todas las demás. Pero este criterio universal, ha ido cayendo en desuso, casi desde la época de Aristóteles, y ha quedado enmarcado en la *justicia de la fe cristiana*, la que es una *justicia mejor*, ya que paga el bien con el mal.

⁹Kelsen, Hans, *¿Que es la justicia?*, Editorial Greca, México, 1998, pág. 5.

Hoy por hoy, cuando hablamos de lo justo pensamos en una idea que debe inspirar al derecho positivo o que debe regir en los ordenamientos terrenales.

En definitiva, se trata de que la misma palabra ha sido empleada para designar dos ideas diferentes, pero ambas pertenecientes al campo de la ética.¹⁰

Así mismo, el profesor chileno Máximo Pacheco señala que el concepto de justicia puede dar lugar a diferentes acepciones, entre las cuales se distinguen tres: la justicia como virtud, como orden objetivo y como ideal.

"La justicia, como virtud moral, tiene un aspecto subjetivo: le interesa sobre todo lo que puede haber de virtud en el hombre que practica la justicia y estudia esa virtud como una de las que integran el orden moral.

La justicia, como orden objetivo, considera los actos del hombre en relación con los demás, en la medida en que esos actos están determinados por el ordenamiento jurídico; se identifica con éste en cuanto alcanza efectivamente a realizar la justicia en el campo de la vida social.

La justicia, como ideal, persigue un modelo que sirva de fundamento al derecho".¹¹

De las distintas acepciones de justicia que hemos podido apreciar, diremos que ésta siempre se cita como la *estrella norte* que debe guiar el camino del derecho, es decir, que el derecho debe encontrarse inspirado por la justicia o al menos alcanzarla a través de la producción de normas y su aplicación.

¹⁰ Cfr Recasens Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1991, pág 479 y ss.

¹¹ Pacheco, Máximo G., *Teoría del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta edición 1990, pág. 482.

Aquí, no pretendemos zanjar un debate sobre lo que pueda significar de forma total y concluyente la justicia, pero podemos decir que ella implica para cualquier ser humano ideas tan aprehensibles como las de ser regla de armonía, equivalencia, igualdad o proporcionalidad. Ahora bien, lo que se pueda entender por cada una de estas cuestiones es relativo, depende de los intereses de cada persona y de las necesidades que quiera ver cubiertas, de ahí mismo que surjan los conflictos jurídicos.

En este sentido el jurista austriaco, Hans Kelsen afirma: "Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es una idea irracional".¹²

Kelsen señala que un orden social determinado es justo: "Cuando regla la conducta de los hombres de modo tal que da satisfacción a todos y les permite lograr la felicidad".¹³

Esta idea es coherente y se ajusta totalmente a los objetivos que persigue la mediación, ya que ésta tiene como

¹² Kelsen, Hans, op.cit en nota 9, pág 34 y 35.

¹³ Id., pág 7.

finalidad resolver los conflictos interpersonales, satisfaciendo los intereses de ambas partes en lo posible, de manera tal, de poder lograr un acuerdo con el que ambas queden satisfechas y con ánimo de perseverar sus relaciones en el futuro. La idea es evitar el conflicto o litigio, resuelto por un tercero y sin participación de las partes, que de como resultado un ganador y un perdedor.

La satisfacción de todos los integrantes de la sociedad es lo que nos llevaría a alcanzar la felicidad y por ende un orden jurídico y social justo. Pero esto resulta a todas luces imposible, pues la felicidad es lo que cada uno considera como tal, se trata de un juicio subjetivo, por ello la respuesta será siempre relativa, ya que la felicidad de cada uno, depende de la satisfacción de necesidades tan diversas y múltiples que ningún Estado es capaz de atender.

En este orden de ideas, el mismo Kelsen señalaba: "La felicidad garantizada por el orden social no puede ser considerada en sentido individual subjetivo, sino colectivo-objetivo. Esto significa que por felicidad se ha de entender sólo la satisfacción de ciertas necesidades reconocidas en tal carácter por la autoridad social o legislador".¹⁴

Por todo lo expuesto anteriormente, concluimos que una instancia de mediación, implicaría una ordenación justa, entendiendo como tal, aquella que permite la satisfacción de necesidades consideradas como colectivo-objetivas y por ende, dignas de ser atendidas y resueltas, para poder lograr así, la felicidad de las partes en conflicto, ya que ellas participan en el proceso de mediación, desarrollando

¹⁴ Id., pág.9.

conjuntamente un acuerdo que las favorezca a ambas. Ya no se trata de zanjar el conflicto satisfaciendo a una parte a costa de la otra -como lo sería en el proceso- sino de establecer un equilibrio entre ambas, ya que éste representa la solución justa o que intenta ser más equivalente, dejando a los involucrados satisfechos con la solución acordada.

Debemos agregar a todo esto, que dentro de toda mediación va involucrado el proceso de la negociación, el que abordaremos a continuación.

1.3 Negociación: Todos negociamos a diario en las diferentes esferas de nuestra vida, pero la negociación legal tiene un matiz diferente, por ser otra la importancia y características de los bienes que se negocian.

Cuando hablamos de negociación la generalidad de las personas, entiende más o menos de lo que se trata, la idea de acuerdo, trueque e intercambio nos viene a la mente. En este sentido, diversos autores la han definido.

Carlos M. Aldao-Zapiola formula el siguiente concepto: "Negociación es la actividad dialéctica en la cual las partes que representan intereses discrepantes se comunican e interactúan influenciándose recíprocamente, para lo cual utilizan tanto el poder como la disposición que pueda existir para aceptarlo (sometiéndose, subordinándose o aceptándolo) con el fin de arribar a un acuerdo mutuamente aceptado que configura, desde entonces, un objetivo común en cuyo logro las partes se comprometen".¹⁵

¹⁵ Scilling Fuenzalida, Mario Tomás, *Negociación: solución extrajudicial de conflictos*, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pág. 7 y 8.

Tara Depre señala que: "La negociación es la acción de discutir asuntos comunes entre dos partes con el fin de llegar a un acuerdo".¹⁶

Para Hurbert Touzard la negociación constituye: "Un procedimiento de discusión que se establece entre las partes adversas por medio de representantes oficiales y cuyo objetivo es el de llegar a un acuerdo aceptable por todos".¹⁷

Donald G. Gifford la define como: "Un proceso en el cual dos o más partes o actores pretenden o intentan alcanzar una decisión conjunta en materias de interés común, respecto de las cuales están o podrían estar en conflicto o desacuerdo".¹⁸

De los conceptos expuestos podemos extraer ciertos elementos comunes, a saber:

1.-Se trata de un proceso de discusión o confrontación de ideas;

2.-Interactúan dos o más partes (entendidas como en un contrato);

3.-Se discuten asuntos comunes, en los cuales las partes no se encuentran de acuerdo y tienen intereses discrepantes;
y

4.-La finalidad de este proceso de discusión y evaluación de situaciones, es poder llegar a un acuerdo.

Debemos dejar claro desde ya, que la negociación consiste en un proceso, compuesto de diferentes etapas, donde cada una debe ser respetada. Así, podemos vislumbrar la etapa de preparación y planificación de la negociación; la de relación inicial con el otro negociador; la etapa de

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Id., pág 7.

¹⁸ Id., pág. 2.

información; la etapa competitiva y distributiva; y por último la etapa de cierre. Estas etapas serán estudiadas en el capítulo dedicado a la mediación propiamente tal, ya que sus etapas o fases son similares.

También es importante destacar que la negociación, es una técnica que emplean a diario los abogados, quizás sin notarlo. Por lo cual es una lástima que no esté incorporada en el programa de estudio de las Facultades de Derecho, ya que se trata de una método que puede ser aprendido y desarrollado de mejor forma con la práctica.

"El proceso de negociación tiene poco que ver con la doctrina jurídica tradicional, salvo tal vez, en lo concerniente al contrato de transacción en materia civil y la autocomposición en procesal(...). En cambio, podríamos relacionarla más con otras disciplinas de las ciencias sociales, tales como la sociología, la comunicación y algunos aspectos de psicología por nombrar algunas".¹⁹

Es por esto, que la negociación legal se enfrenta en muchos países con un equipo interdisciplinario de profesionales, donde cobra relevancia la presencia del abogado, psicólogo y sociólogo para evaluar la interacción de las partes, su conducta, ánimo de ceder, las materias jurídicas en cuestión y la posibilidad de llegar a un acuerdo.

La relación entre la negociación y la mediación es de género y especie. La mediación es un tipo de negociación en donde existe una representación ajena, ya que el mediador intenta que las partes lleguen a un acuerdo que nada tiene

¹⁹ Id., . Pág 9.

que ver con el, no lo beneficia ni perjudica, sino que es un acuerdo *de terceros y para terceros*, donde el mediador apuesta a que las partes se encuentren y se pongan de acuerdo dentro del conflicto de intereses. En la negociación las partes tratan de solucionar sus diferencias personalmente y conforme van accediendo a vías de resolución de conflictos más elaboradas, empiezan a intervenir terceras personas (mediador) en el proceso, para así llegar a la mediación.

"En la negociación cada litigante es parte interesada en los resultados. Los negociadores se aferran a menudo a sus posiciones, insisten en recibir todo lo que quieren y se niegan a hacer concesiones. En este orden de ideas, es de gran ayuda la intervención de un extraño que les guíe en la negociación".²⁰ Aquí, es donde aparece la figura del mediador y entramos al proceso de mediación, que vendría a ser una segunda alternativa al fracasar la negociación sin asesoría de un tercero imparcial, que ayude a las partes a lograr un acuerdo.

En cuanto a las materias objeto de la negociación, algunos autores señalan que *todo es negociable*, pero estamos de acuerdo con lo señalado por el autor Mario Schilling, quien estima que el objeto de la negociación debe referirse a bienes jurídicos disponibles. Lamentablemente no señala cuáles serían.

Para precisar qué debemos entender por tales bienes, y de paso complementar el concepto del autor citado, podemos realizar un símil con los denominados acuerdos reparatorios considerados como una salida alternativa recogida en el nuevo

²⁰ Singer, Linda, *Resolución de Conflictos*, Editorial Paidós, 1996, pág. 36.

Sistema Procesal Penal Chileno-artículos 241 y siguientes del Código Procesal Penal, (dentro de los cuales sin duda, va incluido un proceso de negociación frente al juez)-, y sostenemos que: la negociación debe versar sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial susceptibles de apreciación pecuniaria. Ahora bien, es al juez a quien le corresponde determinar qué bienes entran dentro de esta categoría, por lo tanto, una elaboración jurisprudencial sobre ello se haría necesaria.

Por último, siguiendo al mismo autor precitado, podemos decir que la negociación de tipo legal se caracteriza por la presencia del abogado que representa los intereses de su cliente, de tal manera que este tipo de negociación implica las relaciones que puedan darse entre los abogados que negocian y entre estos mismos con sus respectivos clientes.²¹

1.4 Relación entre justicia y negociación: Todo lo expuesto anteriormente, sobre como entendemos el concepto de justicia y lo que implica un proceso de negociación, nos lleva a preguntarnos: ¿si la justicia es negociable?, o bien, ¿Es una cuestión transable en una negociación y por ende en una mediación?.

Contestamos afirmativamente a esta pregunta. Pues basta de discusiones estériles y alejadas de la realidad, sobre lo que pueda ser la justicia. Lo que desean las partes en un conflicto, es lograr un acuerdo, que ambas puedan considerar como *justo*, y esta consideración puede variar de un individuo a otro, lo importante, es que en el conflicto en especie, las partes intervinientes logren un resultado susceptible de ser

²¹ En la mediación también se acepta la presencia de los abogados de las partes, pero es el mediador quien di

calificado como equilibrado y armónico *por ellas*, y en aras de poder lograr esto, sin duda alguna, se debe negociar.

Capítulo II

El uso de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos

2.1 Los MARC:

La mediación pertenece al ámbito de la llamada resolución alternativa de conflictos, o mecanismos de justicia participativa, dentro del cual ocupa un rol preponderante, debido a los buenos resultados que ha alcanzado en experiencias comparadas.

Pero antes de abordar el estudio de la mediación, consideramos necesario citar las diversas razones por las cuáles han surgido los mecanismos de justicia participativa o MARC, alcanzando un gran éxito y desarrollo en países vecinos y sobre todo en Norteamérica:

1) La RAC es fruto de toda una corriente de pensamiento científico, filosófico, práctico, jurídico, etc. que se ha venido gestando a lo largo del siglo pasado y del cual se ha nutrido sobre todo la mediación.

En el ámbito político, el valor de la libertad, la democracia y la descentralización, han servido de abono a los MARC, asegurando la participación de las partes en sus propios conflictos, otorgándoles un espacio para decidir qué solución darles.

Dentro de la perspectiva sociológica, encontramos la preponderancia de la no-violencia y la paz, como pilares fundamentales para lograr construir una sociedad sana, en donde se prefiere el entender un conflicto, antes que juzgarlo, encontrando una parte ganadora y perdedora. Otros aportes para el desarrollo de la RAC, han provenido de

disciplinas como la Psicología Social, la Psicología Sistémica, las ciencias de la Comunicación, etc.

2) Un gran factor que ha influido en el surgimiento de los MARC es la llamada *desestabilización del sistema jurisdiccional*, según lo ha llamado Silvia Barona, quien afirma que son muchos los factores que han provocado la crisis de la Administración de Justicia, y dentro de las soluciones que se han buscado por parte de los operadores jurídicos para resolver esta crisis, precisamente se encuentra el buscar fuera del poder judicial la solución de los conflictos o controversias jurídicas. En este sentido, María Alba Aiello señala lo siguiente: "Esta circunstancia, analizada desde el punto de vista del grave desprestigio de la administración de justicia, implica someterse a los vaivenes y resoluciones, ya sean políticas o no, de esta terrible situación que nos lleva al desgaste jurisdiccional y sus implicancias, que pueden ser gravísimas, atento que algunos desprestigiados jueces disponen irresponsablemente de nuestros bienes y de nuestra libertad, dos valores absolutamente caros a cualquier ser humano. Este ha sido otro de los argumentos de peso que ha favorecido la búsqueda de métodos de resolución alternativa de conflictos, donde el mismo mediado maneja sus intereses y posiciones, con la asistencia del mediador o facilitador de la comunicación rota entre las partes, conservando su libertad y poder de decisión".²²

Similar situación se vive en nuestro país en donde los tribunales de justicia se encuentran absolutamente

²² Aiello de Almeida, María Alba, op.cit en nota 2, pág 43.

congestionados, dando lugar a largos procesos y llegándose a resultados que las partes perciben como injustos o poco ajustados a la realidad, la sensación de indefensión y carencia de justicia para los legos, no es nada novedosa.

3)No podemos obviar el fuerte factor psicológico que implica a una persona cualquiera, el someterse a un proceso judicial, lo que conlleva un gran estrés y desgaste emocional, contribuyendo esto a formar una sociedad más violenta y de personas acostumbradas a resolver sus diferencias mediante litigios, que en muchos casos son innecesarios.

4)Los altos costos judiciales y su demora también juegan un rol importante en el surgimiento de la justicia participativa, la que se nos ofrece como una alternativa mucho más económica en la que se pueden evitar los grandes gastos legales y administrativos propios de un proceso judicial.

5)Por último podemos señalar que ninguna de las partes inmersas en un conflicto desean perder el control y manejo de él, cuestión que hace que la RAC, cobre más adeptos y propulsores, al permitir que sean las propias partes quienes decidan la cuestión controvertida.

2.2 Conceptualización de los MARC

En el estudio realizado por el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, sobre métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países Americanos, se entiende que los MARC, reciben diversas denominaciones, tratándose de similares modalidades de un mismo género. De ésta manera, según se trate de un país u otro, la denominación y las

características que definen específicamente a cada modalidad de tratamiento y resolución de conflictos es doctrinaria y, a veces, legalmente diferente. Pero para el objeto del citado estudio se considera como MARC al género de los métodos, medios y modalidades de resolución de conflictos, contiendas y disputas.

Este concepto no nos parece del todo acertado, ya que no resalta la nota característica de los MARC, en el sentido de ser una alternativa al proceso tradicional.

María Alba Aiello nos entrega una definición omnicomprendensiva de lo que es la RAC: "Instituciones como la mediación, el arbitraje, la conciliación y la transacción que en otros tiempos se utilizaban para la resolución de los conflictos, han vuelto a tomar vigencia. ¿Qué tienen en común? Resuelven conflictos en forma particular y no institucional por un órgano judicial o administrativo independiente del Estado.

A esta forma de resolución de problemas se les ha denominado *Formas Alternativas de Resolución de Controversias*. En todas ellas las partes, con la intervención de un tercero imparcial perito y experto en la materia controvertida, se obligan recíprocamente para obtener una resolución pacífica y discreta en la resolución de sus conflictos".²³

En el mismo sentido, Linda R. Singer en su obra *Resolución de Conflictos*, observa ciertas notas comunes entre los nuevos métodos para dirimir controversias:

²³ Id., pág. VII.

1) Son métodos menos formales y, por lo general, más privados, que los procesos judiciales.

2) Ofrecen mayores posibilidades a las partes de participar activamente y controlar más de cerca el proceso de solución de sus conflictos que los métodos tradicionales.

3) Casi todos estos métodos se han desarrollado en el sector privado aunque los tribunales y los órganos administrativos han empezado a copiar las técnicas más eficaces (en el caso de los Estados Unidos).

No deja de resultar interesante la propuesta de Bennet G. Picker, quien señala lo siguiente:

"Es de lamentar que la *frase resolución alternativa de conflictos* haya pasado a definir el creciente movimiento en favor de las opciones alternativas. Casi necesariamente, esta frase sugiere que los conflictos deberían resolverse a través de alguna *alternativa* distinta del pleito. Sería más apropiado emplear los términos *resolución apropiada de conflictos* o *resolución activa de conflictos* para referirse a una manera de resolver disputas que reconoce la necesidad de tomar en cuenta los objetivos del cliente en cada caso y de elaborar una estrategia destinada a lograr esos objetivos".²⁴

Nos parece acertada la nueva denominación ofrecida por el autor antes citado, ya que sin duda, refleja la preocupación por los intereses de las partes envueltas en una controversia y su participación activa, cuestión que inspira a la RAC. Pero el señalar que no se trata de una alternativa distinta del pleito nos parece que significa obviar lo que precisamente desea evitar la RAC, esto es, los modelos

²⁴ Picker, Bennett, op.cit en nota 1, pág 20.

confrontacionales, como lo sería el proceso tradicional o litigio.

La RAC y los MARC, son distintas denominaciones para un mismo movimiento que se ha venido desarrollando activamente en Norteamérica y que paulatinamente ha absorbido nuestro continente.

La particularidad que ofrecen los modelos de Justicia Participativa, la RAC o los MARC, es la opción de solucionar un conflicto por una vía no tradicional, como un estadio anterior a un proceso judicial, en donde cobra relevancia la participación activa y directa de las partes, la negociación a la cual tengan que enfrentarse y la participación de un tercero que en la mayoría de los casos no asume el papel de juzgador (salvo en el arbitraje) sino que de conductor del diálogo y armonizador de los intereses de las partes.

2.3 Evolución histórica de los MARC

Desde antaño el hombre se ha visto en la necesidad de solucionar de alguna forma los conflictos y pleitos que han surgido dentro de su estructura social. Para ello, se han utilizado a lo largo de la humanidad diversas fórmulas, entre las cuales figuran los métodos alternativos de resolución de conflictos, que en palabras de Carlos Peña: "Pueden entenderse, desde la dogmática procesal, como formas anómalas de terminar el proceso o, desde una perspectiva más amplia de análisis social, como aquellos mecanismos a través de los cuales se cumple la función de resolver conflictos en una sociedad".²⁵ Volveremos sobre esto más adelante, pero desde ya podemos decir que la primera parte de esta definición no nos

²⁵ VV.AA, *El proceso de mediación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pág. 13.

deja satisfechos, ya que aún no se ha iniciado proceso alguno y en ningún caso podrían significar los MARC una forma anómala de poner término a algo que no ha existido, la idea tras ellos es precisamente evitar la existencia de un proceso.

Para que haya surgido la necesidad humana de resolver conflictos a través de una vía u otra, es necesario que exista la controversia o el desacuerdo que impidan al grupo humano vivir en paz.

Ya en el Nuevo Testamento, la mediación surge como una alternativa para preservar las paz, cuando Pablo se dirigió a la congregación de Corinto pidiéndoles que no resolvieran sus diferencias en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para conciliarlas (1 Corintio 6:1-4). Es así, como la Iglesia ha tenido una gran importancia en la resolución de controversias entre sus miembros o frente a otras partes en conflicto. En el Evangelio de San Mateo se puede leer lo siguiente: "Benditos los pacificadores porque ellos serán llamados hijos de Dios".

"Las iglesias y el clero a menudo han sido mediadores entre sus miembros o frente a otros litigantes. Hasta el Renacimiento, la Iglesia Católica fue probablemente la organización fundamental de mediación y administración de los conflictos en al sociedad occidental. El clero mediaba en las disputas de familia, los casos penales y las diferencias diplomáticas entre miembros de la nobleza".²⁶

Pero no sólo en el ámbito eclesiástico la mediación fue utilizada, tal como señala Pedro Carulla en su artículo sobre

²⁶ Schilling Fuenzalida, Mario Tomás, op.cit en nota 15, pág. 17.

la mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales, la resolución de conflictos comerciales y entre diversos individuos se producía mediante la asistencia de terceras personas respetadas del grupo del cual formaban parte, como una manera de conservar la independencia y establecer normas. De esta manera, gremios comerciales y mercaderes sintieron la necesidad de resolver sus desacuerdos sin la necesidad de una autoridad externa, por lo que la mediación y hasta cierto punto el arbitraje representaban la forma adecuada para preservar esa independencia.

En este sentido, diremos que los primeros antecedentes de los MARC, fueron las instituciones de autocomposición y autotutela.

Tal como lo señala don Juan Colombo Campbell, en su obra *La Jurisdicción*, la autocomposición es la forma de poner término a un conflicto por un acuerdo directo de las partes interesadas o afectadas por él. Presupone la existencia de una discordia y su posterior solución por los sujetos comprometidos.

A su vez, el mismo autor define a la autotutela, como aquélla en virtud de la cual cualquiera de los sujetos en conflicto están facultados para resolverlos por mano propia. Es una forma primitiva, la más de las veces injusta, de poner término a un conflicto.

Si bien en ambas formas de resolución de conflictos, la participación de los afectados es activa, nos parece que es en la autocomposición en donde los MARC encuentran su antecedente más directo, ello debido a que en la autotutela se legitima el uso de la fuerza y tal como señala Couture

representa el imperio de la "ley del más fuerte". Esto sin duda, pugna con el objetivo y filosofía inspiradora de los métodos alternativos, que precisamente intentan eliminar la violencia en la resolución de las diversas controversias que surgen dentro del seno de la sociedad o grupo social.

Al dirigir nuestra mirada a algunos países, podemos señalar que en los Estados Unidos, los primeros colonizadores no tenían confianza en los abogados y esto llevó a los Cuáqueros a utilizar la mediación y el arbitraje para resolver sus controversias comerciales, sin tener que recurrir al litigio.

Es a fines de la década de los 60, cuando la sociedad estadounidense expresa un gran interés por las formas alternativas de resolver conflictos, las llamadas *alternative dispute resolution*, o mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales, comenzaron a desarrollarse vertiginosamente. Es así como, la década de los 70, se describe como una fase de experimentación para el movimiento alternativo de resolución de controversias; la década de los 80, como la fase de implementación, y la década recién pasada, como la etapa de regulación, lográndose llegar a una mediación voluntaria.

En 1947, el Congreso estadounidense creó el Servicio Federal de Mediación y Conciliación, cuya misión central es la prevención de disputas laborales-administrativas. Además, hoy en día su labor abarca la provisión de servicios a las otras oficinas públicas federales, el asesoramiento a gobiernos extranjeros, la investigación y el entrenamiento.

Marcan un hito importante en el desarrollo de los MARC en los Estados Unidos, la dictación de las leyes de resolución de conflictos administrativos de 1990 y 1996, la primera tendría un período inicial de cinco años, y la segunda autorizó la permanencia de las disposiciones de la ley de 1990, con ciertas reformas. La idea del Congreso al aprobar dichas leyes fue la de agilizar los procedimientos administrativos, cada vez más formales y costosos, y permitir la utilización de los MARC por parte de las oficinas públicas.

Por su parte en Europa la difusión de la RAC ha resultado más compleja que en Norteamérica, ello debido a diversas razones, como el peso de la tradición milenaria a favor de la justicia togada y la creencia en la unidad de jurisdicción.

Pero el Reino Unido, por su afinidad cultural y jurídica con Estados Unidos, ha acogido con más intensidad a la RAC en diversas áreas, como el Derecho Comercial, la responsabilidad médica o el Derecho del Deporte.

Tampoco debemos obviar la larga tradición mercantilista y naval de Gran Bretaña, lo que le ha permitido alcanzar un gran desarrollo en el uso del arbitraje comercial, y de la mediación en las contiendas industriales y comerciales.

En otros países como Alemania, la utilización de la mediación se ha incrementado en los últimos años, en materias propias del medio ambiente, derechos económicos, controversias laborales, arrendamientos, disputas entre vecinos, o cuestiones que afectan a los consumidores.

En el año 1995 entra en vigor en Francia la Ley de Mediación Procesal. Además de la conciliación como proceso previo y obligatorio antes de iniciar el juicio, se instaura la figura del mediador, inspirado en el Ombusman sueco.

Por su parte, los países de habla hispana también han conocido a lo largo de su historia instituciones propias de la justicia participativa. En Valencia, España, a partir del siglo XIII comenzaron a existir los tribunales de aguas, los cuales son popularmente elegidos por los campesinos, para resolver problemas relativos a la repartición equitativa del agua dentro de la comunidad.

Actualmente Colombia contempla en el artículo 247 de su Constitución a los denominados jueces de paz, encargados de resolver con equidad conflictos individuales y comunitarios. Dicho personaje si bien actúa como juez y no como mediador, se basa en la equidad para fallar lo que es coherente con los principios que inspiran a la mediación.

En nuestro país encontramos a diversos organismos que brindan los servicios de mediación y arbitraje, por lo cual podemos apreciar que la RAC se ha ido introduciendo lentamente en variados ámbitos, que no sólo son privados ya que dentro de la RAC, también incluimos a instituciones como la conciliación y la transacción, o las salidas alternativas del nuevo proceso penal que sin duda implican una mayor participación de las partes envueltas en el proceso y una discreta negociación.

Anteriormente analizamos los factores que habrían influido en el surgimiento y uso de los MARC, y ahora nos parece pertinente observar nuestra realidad nacional y

determinar qué factores han favorecido la aparición de las técnicas alternativas de resolución y su difusión.

El gran factor desencadenante es la crisis del sistema judicial, tanto desde el punto de vista interno, como desde la perspectiva de la percepción de los usuarios. A ello, debemos sumar el convencimiento generalizado de la doctrina y de las autoridades, de que no sería lo más adecuado judicializar todos los casos, y que la mejor alternativa para descongestionar nuestros tribunales de justicia es la de ofrecer a las partes de un conflicto la autoridad para diseñar y aprobar la solución, que les parezca más satisfactoria a sus necesidades y que sea a la vez mutuamente aceptable.

En el seminario *Del conflicto al diálogo: una experiencia*, organizado por el Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de Santiago y el Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación CIDE-CEPAL, el 5 de Julio del 2001, el ex-presidente de la EXCMA. Corte Suprema don Hernán Álvarez García advertía lo siguiente en su discurso: "Percibimos que el modelo tradicional y jerárquico de justicia, en esta hora, cuando hemos iniciado un nuevo siglo, parece no responder con toda la oportunidad y eficacia a los requerimientos de solución de los múltiples problemas que fluyen de una sociedad cada vez más dinámica y compleja, que produce insatisfacciones en grupos mayoritarios, especialmente de los más desposeídos, que demandan en forma reiterada la solución de sus conflictos, junto con más bienestar, paz y seguridad social(...).

Hace bastantes años, que países como Estados Unidos, en América, Alemania, Francia e Italia, en Europa, y la República Popular China en Asia, entre otros, optaron por establecer modalidades extrajudiciales previas, y en general, sistemas alternativos de solución (Mediación, Conciliación, Arbitraje, etc.) para superar las insatisfacciones por la imposibilidad de dar respuestas eficaces y prontas a la solución de determinados conflictos a través de los litigios o de la justicia tradicional, en especial en aquellos relacionados con la familia, civiles, comerciales, etc.

Estos sistemas presentan la virtud de que constituyen modalidades de una justicia horizontal y autocompositiva, porque las propias personas en conflicto, debidamente asesoradas o guiadas por un mediador neutral, participan directamente en el encuentro de la solución a sus diferencias. El mediador con conveniente preparación para este fin, sólo habrá de insinuar o procurar la solución del conflicto, considerando la especial característica que presenta(...).

Debemos avanzar, en consecuencia, hacia la reglamentación legal de la mediación como solución alternativa de conflictos no adversariales, puesto que debemos reconocer que en Chile no está debidamente institucionalizada hasta ahora, salvo la situación regulada en la Ley Indígena N° 19.253, que establece una suerte de mediación voluntaria ante la Conadi para determinados conflictos entre indígenas, es decir, versa específicamente sobre una situación en materias de interculturalidad".²⁷

²⁷ VV.AA., op.cit en nota 25, pág. 191 a 196.

Así mismo, el estudio *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres* realizado en 1993 por la C.P.U.-DESUC, (Corporación de Promoción Universitaria, Dirección de Estudios Sociológicos de la U.C.Ch.), arrojó datos reveladores y a la vez perturbadores, ya que el 82,8% de los encuestados tiene una opinión espontánea negativa sobre la justicia nacional, y cuando se les pide que especifiquen señala que es ineficiente, lenta y discriminatoria. En el mismo sentido, el 30% de los encuestados que habiendo demandado y seguido sus demandas hasta el final, ante un tribunal que no fuera del crimen o de policía local, opinaron que sirvió de poco o no sirvió de nada.

Por todo esto, la RAC aparece como una alternativa modernizadora, y con mayor legitimación social, al fomentar la participación activa y directa de las propias personas en la resolución de sus conflictos interpersonales.

2.4 Los diferentes MARC

Nos parece necesario hacer una breve referencia ilustrativa de las diversas clases de MARC que existen, ya que ellos no se agotan en la conciliación, la mediación o el arbitraje.

La conciliación es un proceso similar a la mediación, aunque en muchos países se le otorgan diferentes características, pero como nota común podemos decir que es un proceso más acotado y regulado que el de mediación, donde el conciliador actúa con un rol mucho más intervencionista, y en donde el tribunal será el encargado de resolver el asunto si no se llega a un acuerdo.

Por otro lado, encontramos a la negociación, a la cual ya nos referimos y nos remitimos a ello, resaltando el hecho de que aquí aún no existe la ayuda imparcial de un tercero.

Otros MARC, son el asesoramiento y la facilitación, los cuales son similares en cuanto a sus objetivos, que pueden ser la resolución del conflicto o el manejo del mismo, pero difieren en que el segundo es utilizado en disputas con múltiples partes.

Así mismo, a nivel del Derecho Comparado, podemos advertir que es en los Estados Unidos, donde existe una mayor variedad y originalidad respecto a los MARC.

Entre ellos encontramos al *mini trial*, o mini juicio; el *summary jury trial*, o juicio sumario por jurado y la *early neutral evaluation* o evaluación neutral temprana.

En un mini juicio, los abogados de las partes en conflicto presentan, en forma sumaria e informal, los hechos y argumentos de sus clientes ante una tercera parte neutral y los representantes de las partes que tienen autoridad para solucionar el conflicto. Después de las presentaciones de los abogados, el tercero trata de facilitar un arreglo.

En un juicio sumario por jurado, los abogados de las partes en conflicto presentan, en forma sumaria, los hechos y argumentos de sus clientes ante un jurado, el que pronuncia un veredicto consultivo. Las partes usan el veredicto consultivo en sus negociaciones siguientes.

En una evaluación neutral temprana, un evaluador neutral, usualmente un abogado privado con pericia en el tema del caso, dirige una audiencia privada con las partes y sus abogados, en una fase temprana del litigio, para escuchar los

alegatos, posiciones y argumentos de cada parte. El evaluador neutral aclara los temas del conflicto, identifica los puntos fuertes y débiles de todas las partes, y les brinda una evaluación consultiva del caso. En algunos programas de evaluación neutral temprana , el evaluador también conversa con las partes la posibilidad de resolver el caso.

Por último mencionaremos a la llamada mediación-arbitraje o MED-AB, que consiste en un procedimiento por el cual las partes convienen de antemano que en caso de no prosperar la mediación, la controversia se resolverá por un tercero neutral a través del arbitraje (es similar a la llamada cláusula mixta que incluye el servicio otorgado por el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago).

Habiendo acotado y contextualizado el tema de la RAC y uso de los MARC, abordaremos en nuestro próximo capítulo el tema de la mediación propiamente tal, para acercarnos a su aplicación en el área comercial.

Capítulo III

La mediación

3.1 Concepto: La mediación ha sido definida de diversas formas por parte de distintos autores, mediadores y organismos encargados de la resolución alternativa de conflictos.

En este sentido, Bennett G. Picker señala lo siguiente: "La mediación es un proceso que emplea a un tercero neutral- el mediador- para facilitar las negociaciones entre las partes de un conflicto con el fin de llegar a una solución mutuamente aceptable".²⁸

Gladys Alvarez la define como: "Un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable".²⁹

Por su parte el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago se refiere a ella como: "Un método voluntario a través del cual las partes en disputa negocian directamente, asistidas por un mediador experto y neutral, que las ayudará a comunicarse en forma efectiva y a generar soluciones creativas a su problema".³⁰

Jay Folberg y Alison Taylor la definen como: "El proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades".³¹

²⁸ Picker, Bennett, op.cit en nota 1, pág 16.

²⁹ VV.AA., op.cit en nota 25, pág. 11.

³⁰ Concepto establecido por el CAM Santiago en su folleto informativo del año 2001.

³¹ Caruulla, Pedro, Apuntes sobre la mediación: Una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales.

A partir de los conceptos recién expuestos podemos señalar, como elementos comunes en todos ellos, los que siguen:

1) La presencia de un tercero o persona neutral, que en este caso recibe el nombre de mediador, y que es el encargado de guiar o ayudar a las partes a encontrar una solución multiopcional y creativa.

2) El rasgo distintivo de ser un método no adversarial de resolución de conflictos caracterizado por la voluntariedad.

3) La existencia de un litigio, disputa o controversia, que las partes desean resolver mediante una negociación activa.

4) Las soluciones obtenidas mediante este método, son creativas, ya que generan una serie de alternativas para dejar a ambas partes satisfechas y ante la posibilidad de lograr un acuerdo mutuamente aceptable, lo cual les permite perseverar en sus relaciones futuras, si así lo desean.

3.2 Características

Podemos caracterizar a la mediación de la siguiente manera:

1) Se trata de un proceso voluntario en tres aspectos. En primer lugar, son las partes las que libremente deciden someterse a ella (esto ocurre así generalmente dependiendo de la legislación de cada estado). En segundo lugar, durante el proceso de mediación son las partes las que deciden qué información facilitar al mediador o entregar a la otra parte, sin que este las pueda obligar a revelar lo que ellas no desean. Por último, el acuerdo que se logre no puede ser impuesto a una de las partes, la finalidad es encontrar una solución aceptable para ambas. El mediador no actúa como un

juez, sólo facilita a las partes el poder llegar a un acuerdo.

2) Las mediaciones constituyen instancias participativas en donde se requiere y promueve la participación activa de las partes para generar acuerdos que satisfagan los intereses de ambas y esto se realiza bajo un plano de colaboración y cooperación mutua.

3) Es un método alternativo de resolución de conflictos informal y flexible, ya que no existen reglas de procedimiento estricto, pues el proceso de mediación debe adecuarse a las necesidades de las partes y al tipo de conflicto del cual se trate. Pero no por ello debemos olvidar de que en toda mediación existen algunas etapas básicas, que deben ser respetadas, para que el mediador pueda aislar el conflicto y ayudar a las partes a vislumbrar opciones creativas.

4) La mediación es una alternativa económica y de una gran celeridad frente a un litigio común. Los costos son mucho menores y la rapidez es un factor que la pondera por sobre el proceso ordinario, ya que una mediación puede resolverse en días y en algunos casos en horas.

5) El proceso de mediación es confidencial y todo lo que se diga en las reuniones goza de tal carácter, esto facilita la comunicación entre las partes y de ellas hacia el mediador, ya que permite que el proceso se desarrolle con la confianza de que nada será utilizado posteriormente en un juicio, en el caso de que la mediación fracase. De esta manera, las partes se sienten con plena libertad para dar a conocer sus objetivos, intereses y soluciones posibles.

3.3 Conflictos susceptibles de ser objeto de mediación

No todo conflicto puede ser resuelto mediante el uso de la mediación y debido a esto muchos organismos que prestan los servicios de mediación y arbitraje, le advierten a las partes de un contrato sobre la conveniencia de incluir una cláusula mixta, por la cual en caso de no prosperar la mediación, se pueda recurrir al arbitraje como una segunda opción.

De igual forma sucede en muchos casos, en los que luego de fracasar la mediación y ser ésta abandonada, las partes recurren a la justicia ordinaria para resolver el conflicto.

Prueba de lo antes señalado, es el artículo 5° del Reglamento Procesal de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, que señala en su inciso 1° lo siguiente: "Una vez recibida la solicitud en la Secretaría, se verificará que el asunto sea susceptible de mediación por el Centro, tomando en consideración la materia de que se trata y la naturaleza del conflicto. Si no lo fuere, será comunicado al solicitante".

Ahora bien, dentro del artículo antes citado no se señalan cuáles son los criterios utilizados por el Centro para determinar si un conflicto es o no susceptible de mediación. Por ello recurriremos a la doctrina, donde se señala que a menudo la decisión de mediar en un conflicto determinado, es motivada por las ventajas propias de la mediación y al redactarse una cláusula de resolución de conflictos, los abogados deben analizar y determinar si la mediación será favorable para los intereses de su cliente, tomando en cuenta los tipos de conflictos que tienen más posibilidad de producirse.

No todos los casos son susceptibles de ser mediados, ya que muchas veces una solución negociada no es la mejor alternativa para lo que desean las partes y el pleito o proceso ordinario sería lo más apropiado. Pero si el conflicto se presta para una resolución negociada, en donde la participación de las partes o clientes es necesaria para resolver el conflicto, éste último podrá ser resuelto mediante una mediación.

Bennet G. Picker ha elaborado una lista de factores que favorecen la mediación:

- 1)El deseo de evitar una resolución adversa.
- 2)La necesidad de evitar la publicidad, la necesidad de confidencialidad o privacidad.
- 3)El deseo de lograr una rápida solución.
- 4)La necesidad de preservar la continuidad de la relación entre las partes.
- 5)El reconocimiento de que las emociones u hostilidades pueden entorpecer el acuerdo.
- 6)El deseo de minimizar el riesgo de un resultado impuesto.
- 7)La necesidad de reducir los altos costos de un pleito.
- 8)La falta de un recurso legal adecuado.
- 9)La existencia de aspectos colaterales que pueden favorecer la resolución en un foro de mediación.

En este mismo sentido, en 1996 el Instituto CPR para la Resolución de conflictos (Institute for Dispute Resolution, antes The Center for Public Resources) elaboró un "examen de aptitud" para ayudar a determinar si un caso es apto para la mediación o para alguna alternativa no tradicional de resolución de conflictos.

Así mismo, muchas firmas de abogados o estudios jurídicos en los Estados Unidos han diseñado un examen de aptitud para la RAC. La idea es poder asesorar a sus clientes acerca de si determinado conflicto comercial es apto o no para ser resuelto a través de la mediación o cualquier otra técnica de la RAC. Las respuestas afirmativas indican la conveniencia de utilizar las técnicas ya mencionadas y las respuestas negativas señalan lo contrario. A continuación señalaremos algunas de las preguntas del "Examen de Aptitud" elaborado por la firma norteamericana Stradley Ronon Stevens and Young:

I) Las partes y sus relaciones

1)¿Aparte del conflicto, las relaciones comerciales efectivas o potenciales entre las partes son significativas y tienen perspectivas de seguir siéndolo?.

2)¿Al menos una de las partes está interesada en conciliar?.

3)¿Un mediador o facilitador neutral contribuiría a aplacar la hostilidad entre los abogados o las partes?.

4)Hay múltiples partes implicadas, ¿Esto aumenta el tiempo y los costos de un pleito?.

II) Los intereses que promueven las partes

1)¿Es importante para ambas partes resolver el conflicto con rapidez y bajo costo?.

2)¿Las partes quieren evitar la publicidad?.

3)¿La confidencialidad es un requisito importante para al menos una de las partes?.

4)¿Las partes desean llegar a una solución comercial antes que a un desenlace que sólo produzca resultados monetarios?.

III) Problemas implícitos y desenlaces buscados

1)¿Una o más de las partes busca una resolución que los tribunales no podrían otorgar, como una modificación de la relación de las partes?.

2)¿Las partes desean controlar el desenlace del conflicto evitando una adjudicación vinculante y el consiguiente riesgo de perder?.

4)¿Existen aspectos comerciales colaterales al conflicto que también podrían resolverse?.³²

A partir de las preguntas enunciadas podemos formarnos una idea acerca de las características que debe reunir un conflicto para ser susceptible de mediación. En donde; la celeridad en el procedimiento, la privacidad o confidencialidad, la economía en los costos, el deseo de evitar resoluciones judiciales favorables a una de las partes únicamente y en especial el deseo de continuar la relación comercial, juegan un papel importante al momento de determinar a un conflicto como apto para la mediación.

Por su parte, la autora Linda R. Singer señala que existen muchas consideraciones que pueden ser de ayuda para determinar si tiene sentido la resolución extrajudicial de un conflicto, y cabe formularse al respecto las siguientes preguntas:

1)¿Cuál es la relación de las empresas en conflicto o de sus directivos? Debido a que cuanto mayor sea el potencial de continuidad, más importante será encontrar una opción de acuerdo que la preserve. Señala la autora que en este tipo de conflictos es especialmente aconsejable la mediación, porque

³² Picker, Bennett, op.cit en nota 1, Apéndice C, pág, 95 a 98.

además se hace necesaria una solución rápida, antes que se desgaste más la relación de las partes.

2)¿Qué tipo de resultado se desea? Cabe tener en cuenta que los procesos de RAC son especialmente recomendables en los casos en que existe la posibilidad de generar opciones creativas, como por ejemplo intercambiar propiedades, realizar acciones recíprocas, o contratos de sociedad en participación.

3)¿Hasta qué punto resulta útil que los directivos de la empresa elaboren personalmente los resultados? Aquí juega un rol preponderante la participación activa, y en la mediación se requiere de la participación directa de las partes o empresarios.

4)¿Hasta qué punto se han alterado los ánimos? Aunque la rabia y sed de venganza puedan conducir a los litigantes ante un tribunal, la mediación cara a cara, que ofrece grandes posibilidades de desahogo, despeja en ocasiones el ambiente y permite que los litigantes se centren en los resultados futuros.

5)¿Es probable que los gastos de un juicio sean proporcionalmente más altos que el resultado que se espera obtener? Es importante tener en cuenta el factor económico, ya que muchas veces el costear un abogado para que nos represente en un litigio es desproporcionadamente costoso frente a los beneficios que se podrían obtener a futuro una vez dictada la sentencia.

6)¿Es importante la rapidez? En principio, todas las opciones de acuerdo son más rápidas que un litigio. La necesidad de obtener resultados rápidos es un importante argumento para

buscar nuevas vías, más creativas, de obtención de información, etc.

7)¿Qué tipo de información necesitan las partes antes de centrarse en la búsqueda de un acuerdo? Hay muchas formas de obtener información acerca de los hechos que rodean un incidente en particular. En la mediación al igual que en un juicio las partes pueden aportar pruebas, claro que no con la misma rigurosidad que en éste último. Si las partes están ya involucradas en un proceso de mediación, pueden acordar qué información es la que necesitan y cómo pueden encontrarla. Lo beneficioso de la mediación es que si se involucra directamente a las partes en la negociación, se tendrá de esta manera una información más completa de sus intereses y prioridades.

8)¿Es importante mantener la confidencialidad de ciertos detalles del conflicto, como por ejemplo secretos comerciales? La mediación y cualquiera de las técnicas de la RAC proporcionan una mayor privacidad que un juicio. La máxima confidencialidad y privacidad la ofrece la mediación, ya que permite discusiones confidenciales o audiencias privadas entre las partes y el mediador.

Cabe a estas alturas, formularse la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los factores que obran en contra de la mediación? o dicho de otra manera; ¿Cuáles son las características propias de un conflicto que no es susceptible de mediación?. Para responder, debemos señalar que existen algunos conflictos que por sus fisonomías y rasgos particulares, encuentran en el pleito o proceso judicial una alternativa

apropiada para su resolución. Los factores que siguen obran en contra de la mediación:

1)La ausencia de una discusión de buena fe o cuando la posición de la contraparte es absolutamente infundada.

2)Si el caso puede decidirse por una vía sumaria.

3)Si existe la necesidad de que pase cierto tiempo para poder evaluar las posibilidades de acuerdo.

4)El que las otras partes aún no estén al tanto de la disputa, o no hayan sido identificadas y necesitan ser incluidas para resolver apropiadamente el conflicto.

5)Si la persona autorizada para tomar decisiones no está disponible y no ha habilitado a nadie anteriormente para representarlo.

6)En el caso de que las limitaciones de presupuesto existentes impidan efectuar negociaciones serias para llegar a un acuerdo.

7)Si un acuerdo al que se llegó en el pasado fue incumplido por una de las partes.

8)Si las partes no desean llegar a un acuerdo, porque existe la posibilidad que en un juicio se les deje más satisfechos, como en el caso de que se piense que el juez pueda fijar una alta indemnización a la parte demandante.

9)En el caso de que exista la necesidad de una indemnización en equidad inmediata.

10)Si las partes no desean mantener sus relaciones en el futuro, y están buscando una *reprimenda* para la parte contraria. La mediación lo que busca es precisamente evitar ese tipo de conflicto en que se castiga a un litigante, o se le sanciona, la idea es conservar la paz social para

construir una sociedad bajo el amparo de una convivencia sana y armónica, cuestión imposible de lograr si una de las partes se encuentra resentida con la otra por un mal juicio que no le favoreció.

Como hemos podido apreciar, no existe una fórmula única para determinar qué casos son susceptibles de mediación. Esta es una cuestión que debe resolverse caso a caso, teniendo en cuenta los criterios antes enunciados, o factores que influyen en la decisión de mediar.

3.4 Modelos de Mediación

Existen diversos modelos teóricos-metodológicos de mediación, los cuales conoceremos antes de revisar las etapas de una mediación.

Pero antes haremos hincapié en el hecho de que todos estos modelos de trabajo son foráneos, ya que no existe una fórmula nacional. En este sentido, señalan los operadores del Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana y autores conjuntos de la obra *El Proceso De Mediación*, lo siguiente: "Pensamos que contar con un modelo propio de mediación se encuentra en proceso de articulación (...). Tal vez la tarea pendiente sea estructurar un estilo de mediación que de alguna forma exprese nuestra cultura".³³

A continuación enunciaremos algunos de los modelos de mediación:

1)Modelo Transformativo: Tal como su nombre lo indica, para el modelo transformativo la dimensión más importante del proceso de mediación es el desarrollo del potencial de cambio

³³ VV.AA., op.cit en nota 25, pág. 21.

que cada persona inmersa en un conflicto lleva consigo. La transformación tiene su fuente en la capacidad que tiene la propia mediación de generar dos grandes efectos: la revalorización y el reconocimiento. La revalorización dice relación con que cada individuo pueda volver a apreciar su fuerza y capacidad para afrontar los problemas de la vida. El reconocimiento, por su parte, apela a que los individuos puedan lograr una empatía y aceptación con los problemas de terceros. De esta manera, si ambos procesos están presentes dentro de la mediación, se ayuda a las partes para que vean el conflicto como una oportunidad de crecimiento personal y moral, al cual pueden reponerse y donde se realiza el potencial transformativo de la mediación.

2)Modelo de Negociación según Principios: Este modelo de negociación, surge como un proyecto de investigación llevada a cabo en la Universidad de Harvard. Éste modelo considera que aunque una negociación se refiera a un contrato, a un conflicto de familia o a un tratado de paz, lo normal u característico es que las personas negocien con base en las posiciones. Cada parte asume una posición, argumenta a favor de ella y realiza concesiones para llegar a un acuerdo. Los principios en que se basa este método son: separar a las personas del problema, concentrarse en los intereses, no en las posiciones, generar opciones de mutuo beneficio e insistir en que los criterios sean objetivos.

3)Modelo Circular-Narrativo: Este modelo surge a partir de la combinación del modelo de negociación según principios y los aportes de nuevas teorías. Está orientado tanto a la modificación de las relaciones como al acuerdo. Se ve a la

mediación como una nueva forma de conceptualizar los conflictos, ya que ella permite enfocar desde una nueva perspectiva las disputas y ampliar la participación o protagonismo de las partes.

La teoría general de sistemas aportó a este método, la idea de que los sistemas humanos se consideran como sistemas abiertos, de interacción con el medio que los rodea.

Ahora que conocemos algunos de los modelos de mediación, dentro de los cuales pudimos apreciar sucintamente cómo se le considera a ésta, y qué enfoque se le da al problema, abordaremos las distintas etapas que presenta un proceso de mediación.

3.5 Etapas de la Mediación

La mediación no se desarrolla en un acto único, sino que se trata de una serie de actos y acciones seguidas que se van concatenando, dando lugar al proceso de mediación. Sin embargo, no debemos entender el proceso de mediación en el mismo sentido que al proceso ordinario, ya que el primero carece de la rígida estructura del segundo, no existen plazos fatales o contestaciones a cada pretensión, aquí se trabaja conjuntamente, en presencia de la otra parte y muy excepcionalmente a solas con el mediador.

Los autores plantean diversas etapas para la mediación, y esto varía mucho de un autor a otro, pero aún así, existen ciertas etapas comunes en cada proceso de mediación que deben estar necesariamente presentes.

De igual forma, existen diversos procedimientos reglados de mediación, que varían de un Estado a otro o que pertenecen a entidades privadas como el reglamento procesal de mediación

del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago³⁴.

El proyecto de ley que crea a los tribunales familia, regula la mediación a partir del artículo 54°, estableciendo las reglas del procedimiento de mediación en los artículos 62° al 78°. La mediación en dicho proyecto puede ser obligatoria, facultativa y prohibida. Cuando se trate de la mediación obligatoria del artículo 59°³⁵, dispone el artículo 62°, que un funcionario especialmente calificado instruirá a la demandada acerca de la mediación y su obligación de concurrir a la primera audiencia a la que sea citado por el mediador. Luego, una vez comunicado el mediador designado sobre la o las materias de que se trate su labor, éste fijará la fecha de la audiencia inicial de mediación. Por último y en cuanto a la duración del procedimiento de mediación, el artículo 73° dispone que éste no podrá durar más de sesenta días contados desde que el mediador haya recibido los antecedentes del caso, sin embargo, los involucrados, de común acuerdo, podrán solicitar la ampliación de este plazo hasta por treinta días.

Volviendo a la doctrina, los autores señalan que: "La mediación transcurre en un tiempo y en un espacio a través de los cuales las personas generan un cambio interno y organizado. En él, es posible reconocer etapas o episodios que dan cuenta de la capacidad de transformación del ser humano y de la posibilidad de tener grandes y pequeños

³⁴ En adelante CAM Santiago.

³⁵ Las causas relativas a alimentos, tuición y al derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal..

procesos de aprendizaje"³⁶. Por todo lo antes señalado, y siguiendo lo citado por los autores de la obra *El Proceso de Mediación*, las etapas mínimas que deben existir en un proceso de mediación y ser respetadas, son las que siguen:

1)La Etapa de Evaluación: En la que las partes involucradas expresan su propia versión del conflicto, dan cuenta de las acciones emprendidas para solucionarlo y conocen la versión de la otra parte. Dentro de esta etapa se incluyen las conversaciones iniciales con el mediador, la fijación de las reglas de procedimiento, la necesidad de cada parte de contar con documentos e información de la otra parte, la presentación de declaraciones escritas que contengan los puntos en discusión y los hechos fundamentales del conflicto, como también cualquier oferta de arreglo que se efectúe, y por último la programación de las fechas de las sesiones.

2)La Etapa de Negociación: En ella se trabajan extensamente las necesidades de cada parte, la emocionalidad comprometida y todo aquello que tenga relación con el conflicto. Luego, se buscan múltiples alternativas de solución. Posteriormente se clasifican las alternativas de solución, se evalúan y se elige aquella que se percibe como la más satisfactoria para las partes. En esta etapa se llevan a cabo las diversas sesiones de mediación y en la primera de ellas se considera útil que el mediador inste a las partes a comprometerse a actuar de buena fe con la intención de resolver el conflicto. En las siguientes sesiones se trabajará sobre los argumentos de cada parte y el mediador podría desempeñar el rol de *abogado del diablo* para sondear la validez de las posiciones

³⁶ VV.AA, op.cit en nota 25, pág 38.

sin dar a conocer su propio punto de vista u opinión. De esta manera, el mediador intercambiará ideas con las partes para detectar las posibilidades de un acuerdo, el mediador no puede comunicarle a una parte la opinión de la otra sobre un posible acuerdo sin una autorización expresa para ello. Es en esta etapa, en donde se aprecia de mejor forma las habilidades de un buen mediador, ya que es una etapa en extremo delicada en donde el mediador debe ser capaz de enfocar y aislar el conflicto, para identificar las necesidades de las partes, generar un buen proceso de comunicación entre ellas y guiarlas en la búsqueda de un acuerdo mutuamente satisfactorio.

3)La Etapa del Acuerdo: Esta etapa consiste en la redacción de los puntos acordados y elegidos que representan la solución posible del conflicto en el cual están involucrados. Esta etapa incluye también todas las gestiones tendientes a transformar lo acordado en documentos legales y de reconocimiento general. Existe consenso en que lo mejor es redactar el acuerdo en forma escrita y no sólo verbal, en este escrito deberán exponerse clara y concisamente los términos del acuerdo, para evitar posteriores malentendidos.

3.6 Aplicación de la mediación a controversias comerciales

3.6.1¿Qué se entiende por conflicto o controversia comercial?

“De las múltiples definiciones de conflicto que se pueden encontrar en la literatura especializada en la materia, la que pareciera más cercana a lo introyectado en el equipo es la de Pruitt, D. Y Rubin, J(*Social Conflict, Stalemat, and Settlement*, Newbery Awward Record. Inc., 1986), que señala que: *Conflicto significa la percepción de*

divergencia de intereses, o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultánea o conjuntamente. Este concepto tiene resonancia en los profesionales, al hablar de percepción, por ser una vivencia de las partes que requiere ser acogida como real, aunque no lo sea.

Esta definición permite dividir los conflictos en dos categorías operacionales: intrapersonales e interpersonales. La mediación está dirigida exclusivamente a los conflictos *interpersonales*; es decir, las situaciones que surgen entre individuos o grupos de individuos".³⁷

Hacemos referencia al concepto de conflicto antes citado, pues nos parece adecuado hablar de *percepción de divergencia*, ya que lo clave en una controversia es la *sensación psicológica* que las partes experimentan y que consiste precisamente en la idea de que no pueden lograr un acuerdo, o satisfacer sus necesidades mutuamente, de ahí que a nadie le guste verse envuelto en un conflicto. De esta manera, el conflicto entre personas o grupos de personas se transforma en una experiencia de las partes que debe ser tratada como real por los encargados de la resolución de controversias, aún cuando no lo sea.

Señala el folleto informativo del CAM Santiago que: "El Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM Santiago) fue creado por la Cámara de Comercio de Santiago en 1993 con el objeto de ofrecer a la comunidad empresarial métodos adecuados y expeditos para la resolución de las controversias propias del ámbito comercial".

³⁷ Id., pág 39.

Ya entendemos de que estamos hablando cuando nos referimos a una controversia o conflicto, pero al agregarle el adjetivo comercial, estamos haciendo alusión a todas aquellas divergencias de intereses relacionadas con la actividad comercial, industrial, minera, agrícola, forestal o pesquera, y dentro de estas actividades los conflictos que se pueden presentar son múltiples. Tales como; los relacionados con la interpretación, aplicación, duración, validez y ejecución de un contrato o cualquier otra cuestión que se suscite entre las partes de un contrato relacionado con las áreas antes nombradas.

3.6.2 Conflictos comerciales sometidos a mediación

Siguiendo al autor norteamericano Bennett G. Picker, podemos afirmar que casi la mayoría de los conflictos comerciales que se prestan para una resolución negociada, pueden ser sometidos a una mediación.

Algunos conflictos comerciales poseen factores que los hacen particularmente adecuados para ser sometidos a la mediación. Por ejemplo, los conflictos relacionados con la construcción pueden resolverse mediante la reparación de los defectos de construcción, o los conflictos entre las aseguradoras y los asegurados, e incluso en el ámbito de los derechos del consumidor. Todos aquellos conflictos relativos a contratos que implican la continuidad de las relaciones futuras entre las partes, pueden resolverse reestructurando esas relaciones.

De acuerdo a lo señalado por Picker, las controversias comerciales que pueden ser objeto de una mediación satisfactoria y que logre el éxito son las que siguen³⁸:

1) El concurso preventivo o quiebra entre acreedor y deudor. En esta materia es particularmente aplicable la mediación, ya que al ser declarada en quiebra una empresa lo que se busca es dar satisfacción a los acreedores y no terminar con ella como la mayoría piensa, aquí rige el principio de continuación de la relación laboral y de la empresa. De esta manera, el o los acreedores y el fallido pueden negociar el pago de sus créditos y deudas de manera que queden todos satisfechos, acordando plazos y montos de pagos razonables para ambas partes.

En nuestra legislación nacional se ve reflejada esta especie de negociación en los llamados convenios extrajudiciales preventivos o de solución. La primera parte del inciso primero del artículo 169° de la Ley de Quiebras N° 18.175 señala: "Antes de la declaración de quiebra podrá pactarse entre el deudor y los acreedores un convenio extrajudicial para solucionar sus obligaciones, con tal que se observen las siguientes reglas"(...). Para poder lograr este pacto, las partes deben negociar y recapitular posiciones, se trata de una instancia prejudicial que perfectamente podría estar entregada a un mediador, como tercero neutral y facilitador.

³⁸ Esto es a nivel de la doctrina Internacional y Derecho Comparado, pues no queremos decir que en Chile se resuelvan estos conflictos mediante mediación.

2) Los conflictos empresariales en general, tanto de las grandes y medianas empresas, como de la pequeña empresa o empresas familiares o unipersonales.

Es a partir de la década de los setenta cuando las empresas Norteamericanas comenzaron a utilizar técnicas para resolver sus problemas extrajudicialmente. Es así como, un gran grupo de empresarios comenzaron a considerar que las nuevas alternativas para resolver conflictos producen mejores resultados que un juicio y con costos mucho más bajos. Los jueces muchas veces carecen de la experiencia técnica necesaria para resolver ciertos conflictos y su vez se encuentran obligados a resolver sólo los puntos sometidos a su decisión a través de los escritos de las partes. Estas desventajas las supera la figura del mediador, ya que se trata de un experto imparcial que carece de las limitaciones de decisión que constriñen al juez, pues puede guiar a las partes a resolver otros problemas de su relación.

3) las transacciones comerciales, financieras e inmobiliarias.

En Estados Unidos, algunas empresas y sus abogados han conocido la mediación, precisamente porque un juez los ha remitido a ella. Se cita como ejemplo en la literatura el caso de un juez de Washington D.C., que a un mes de la vista de un juicio bastante complicado sobre una propiedad multimillonaria, les pidió a las partes y a sus abogados que se reunieran con un mediador de vasta experiencia. Las partes que estaban conformadas por: un promotor inmobiliario, su socio, una asociación de inquilinos, un consorcio y un banco, se reunieron junto a sus respectivos abogados con el mediador, y negociaron entre ellos durante cinco sesiones,

logrando un acuerdo que en opinión del juez les proporcionaba mayores ganancias, que las que hubiera podido brindarles una sentencia judicial.

Las cualidades de la ADR (alternative dispute resolution) no han pasado inadvertidas para los tribunales Norteamericanos, y por ello muchos jueces han empezado a utilizar a la mediación en casos difíciles o pleitos complicados.

En este sentido, muchos jueces consideran que no pueden dedicar todo el tiempo necesario a estos casos para fomentar personalmente la búsqueda de una solución, por esto los jueces eligen la mediación, siempre y cuando vean que existe una posibilidad de acuerdo.

4) Los conflictos relativos al ámbito de la construcción.

Nuevamente citamos el ejemplo de los Estados Unidos, en donde; el Instituto Americano de Arquitectos, el American Consulting Engineers Council (Consejo Asesor Americano de Ingenieros), la American Society of Civil Engineers (Sociedad Americana de Ingenieros Civiles) y el National Realty Committee (Comité Nacional de Bienes Raíces), crearon y aprobaron un proyecto experimental de mediación aplicable a los conflictos del ámbito de la construcción, a través del Centro de Resolución de Litigios de Washington D.C. Las ventajas de este proyecto se pudieron apreciar por medio de las opiniones de las partes que lo utilizaron, en este sentido señala Jay Adams, de la empresa Soils Engineers Services Inc. de Whippany, Nueva Jersey, lo siguiente: "El mediador nos llevó a un acuerdo en tres horas, después de más de tres años de pleito y los honorarios ascendieron al 5% de

lo que ya nos habíamos gastado en costos legales. Yo recomiendo la mediación a cualquier grupo de adversarios que deseen llegar a un acuerdo extrajudicial"³⁹. Las partes en este caso fueron un despacho de arquitectos, una firma de ingenieros, el propietario de un inmueble, y sus abogados, ello no obstó, pese a los diversos intereses de cada uno, para lograr una mediación exitosa.

5) Los conflictos que digan relación con las franquicias.

Para poder resolver sus conflictos con los franquiciadores, un grupo de franquiciados creó en los Estados Unidos el Programa Nacional de Mediación en la Franquicia, el cual proporciona un sistema gradual de resolución de conflictos. Debido a que anteriormente la mayoría de los contratos de franquicia contenían sólo cláusulas de arbitraje, se pensó en idear un sistema para capacitar a las franquicias, para que resuelvan sus conflictos mediante la mediación y de esta manera mantengan relaciones comerciales positivas y productivas en el tiempo. Entre los miembros fundadores se encuentran compañías como; Burger King, Dunkin`Donuts, Hardee`s, Holiday Inn Worldwide, Kentucky Fried Chicken, Mc Donald`s, Pizza Hut, Southland, Taco Bell y Wendy`s.

6) Las controversias laborales, sobre todo cuando las disputas laborales pueden resolverse ayudando a los empleados despedidos a encontrar nuevos trabajos.

Siguiendo lo señalado por la autora norteamericana Linda Singer: "Las empresas no sólo mantienen relaciones de vital importancia con sus clientes y suministradores, sino también

³⁹ Singer, Linda, op.cit en nota 20, pág. 110.

con sus empleados. Conforme se han establecido sofisticadas normas de promoción y de pluses de rendimiento para inducir al empleado a la cooperación, las empresas han reconocido paulatinamente que la negociación con sus subordinados es el método más eficaz para lograr que el empleado se identifique con los objetivos empresariales. Los empresarios más reacios a ceder han comprendido también que sus cargos les obligan a mediar con frecuencia en los conflictos entre sus empleados o entre diferentes departamentos. Aunque un director pueda teóricamente exigir a un empleado que cumpla sus órdenes, muchos se han percatado de que los empleados cooperan mucho más y se sienten más satisfechos cuando les permiten desarrollar sus propias soluciones".⁴⁰

Nuestra legislación nacional laboral contempla la mediación en el artículo 352 del Código del Trabajo, el que señala lo siguiente: "En cualquier momento de la negociación, las partes podrán acordar la designación de un mediador. Este podrá ajustarse al procedimiento que le señalen las partes o, en subsidio, al que se establece en los artículos siguientes". Cabe hacer presente que también se contempla la mediación a propósito de la regulación del procedimiento de huelgas de los trabajadores, en este sentido, señala el artículo 374 bis en su inciso primero: "Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de acordada la huelga, sin que se haya recurrido a mediación o arbitraje voluntario, cualquiera de las partes podrá solicitar al Inspector del Trabajo competente la interposición de sus buenos oficios, para facilitar el acuerdo entre ellas".

⁴⁰ Id, pág. 130.

7) Los conflictos ambientales.

La mediación ambiental en nuestro país es aún incipiente, pero en una entrevista realizada al experto en mediación ambiental don Rafael Montalvo en Noviembre del 2001 por la revista Acuerdos, este respondió lo siguiente:

"-Acuerdos(A): ¿Qué diferencia a la mediación ambiental de otro tipo de mediaciones?

-Rafael Montalvo(R.M): Las diferencias se relacionan con el carácter público de los asuntos ambientales y con el hecho que involucran muchas partes y se traducen en procesos más largos que lo que puede ser una mediación en un caso familiar o comercial. En los asuntos medioambientales es muy común tener procesos que involucran 20 o 30 personas que representan distintos grupos. Por otra parte, las mediaciones ambientales suelen tratar temas muy complejos que requieren mucha información. A veces se necesita que las partes entiendan ciertos asuntos relativamente técnicos primero, y recién entonces se puede entrar a buscar un acuerdo. Por esto se trata de procesos largos que pueden durar semanas, meses e incluso años. Esto contrasta con la mediación familiar, donde suele ser un proceso corto y que se desarrolla en una expectativa de confidencialidad ante la corte y el mundo en general. En los temas ambientales, en cambio, normalmente se trata de generar un foro abierto y transparente, pues involucran una dimensión de interés público.

-A: Según su experiencia en Estados Unidos, ¿En qué situaciones se acude a la mediación ambiental?

-R.M.: Muchos procesos se realizan después de años de litigio. Otras veces la mediación se emprende de manera

temprana antes de llegar a un proceso judicial. En esos casos suele haber más probabilidades de éxito. En otras ocasiones, si las partes lo quieren, se pueden congelar los procesos judiciales o administrativos para intentar una solución a través de una mediación.

-A: De lo que ha podido percibir en su estadía en Chile, ¿Qué interés observa en la mediación ambiental?

-R.M.: Aunque no conozco suficientemente la realidad aquí, por lo que he observado en el taller que realizamos y por las conversaciones que he tenido con gente que se ha acercado en estos días, me parece que la oportunidad para la mediación ambiental existe, porque, por una parte ya hay organizaciones que en la práctica han realizado mediación ambiental y, por otra, noto interés en el tema desde muchos sectores".⁴¹

Pese a lo señalado anteriormente, en Chile aún no existe una sistematización o estatutos que regulen la mediación ambiental, se exceptúan algunos planes pilotos que han intentado regularla sin mayores consecuencias prácticas.

8) Los conflictos relativos a la cobertura de seguros.

Dentro de la realidad norteamericana, la autora Linda Singer señala que actualmente algunas compañías aseguradoras de automóviles, ofrecen a las partes que reclaman, la posibilidad de un arbitraje, llevado a cabo por la Sociedad Americana de Arbitraje. Otras en cambio, ofrecen la posibilidad de alcanzar un acuerdo mediante un sistema de arbitraje o mediación, muchas compañías han empezado a utilizar la mediación como forma habitual de resolver sus conflictos, incluso cuando no se establece taxativamente,

⁴¹ www.casapaz.cl. Revista Acuerdos N° 13, año 2001.

pues no se contempla ninguna cláusula en un contrato que disponga la aplicación de esta técnica en caso de controversias. La compañía CIGNA Corporation, ha establecido un programa de resolución de las reclamaciones que atañen a las pólizas de seguros, en el que destaca la mediación, ya que ofrece a las partes la oportunidad de controlar el proceso y de conservar su derecho de ir a juicio en caso de no poder llegar a un acuerdo. Así mismo, Travelers Insurance Company recomienda la mediación en el 80% de las reclamaciones de sus asegurados.

En los casos de los reaseguros (en el reaseguro la compañía reaseguradora asume el riesgo de pérdida que sufre la compañía de seguros como consecuencia del pago de una indemnización proveniente de un contrato de seguro, de esta manera, la compañía aseguradora que ha celebrado un contrato de reaseguro y que debe pagar una indemnización en virtud de un contrato de seguro, tiene derecho a repetir por el monto de la indemnización que pagó a sus asegurados en contra de la reaseguradora)⁴² dentro del mercado norteamericano, siempre han resuelto sus conflictos en privado, recurriendo en última instancia al arbitraje, cuando no podían llegar a un acuerdo.

9) Los conflictos de un contrato de sociedad.

Son diversos los conflictos que pueden surgir en el seno de una sociedad debido a su objeto lucrativo. El artículo 352 N° 10 del Código de Comercio señala como una de las menciones que debe contener la escritura social, el hecho de si las diferencias que ocurran durante la sociedad deberán o no ser

⁴² Apuntes de la cátedra de Derecho Comercial II de la Universidad Austral de Chile año 2001, dictados por el profesor Claudio Aravena Bustos.

sometidas a la justicia arbitral, específicamente a las resoluciones de árbitros arbitradores. A su vez, el artículo 415 del mismo cuerpo legal establece que si no existe cláusula arbitral, siempre, será procedente el arbitraje forzoso.

Nos parece que en las sociedades de personas es de gran ventaja resolver los conflictos que se produzcan entre los socios por medio de la mediación, debido a que ellas se pactan principalmente en razón de las personas que participan en ella, y por lo mismo la mediación parece ser una forma más adecuada para preservar las relaciones entre esas personas que al arbitraje, toda esto a fin de evitar odiosidades y la disconformidad de quienes forman parte de la sociedad.

10) Los conflictos que surjan por la responsabilidad del fabricante de un producto.

Este tipo de conflictos dice relación con los derechos de los consumidores y la posibilidad de establecer un reclamo para que se resuelva el problema por una vía expedita. En este sentido, Linda Singer señala: "Muchas empresas se han percatado de que el desarrollo de métodos innovadores de resolución de las reclamaciones de sus empleados o sus consumidores puede mejorar su imagen pública, sus ventas y las relaciones con sus trabajadores(...).

Al negociar con el personal y los consumidores las empresas buscan que les ofrezcan un resultado hasta cierto punto predecible y que les permita reducir sus gastos legales. También es de vital importancia que se mantengan unas relaciones duraderas y beneficiosas, y que se evite toda publicidad perjudicial. A la larga, las empresas descubrirán

que, si les ofrecen a sus empleados o clientes una mediación que preceda a cualquier otro procedimiento vinculante, en el que la decisión la tome un tercero, tendrán más posibilidades de alcanzar sus objetivos que si les obligan a someterse a un pleito o a un arbitraje vinculante".⁴³

En nuestro país la Ley N° 19.496 establece las normas sobre protección a los derechos de los consumidores. Esta ley, en sus artículos 50 al 56 regula el procedimiento a que da lugar la aplicación de ella, señalando que el tribunal competente para conocer de las acciones de reclamación es el Juzgado de Policía Local de la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo o en que se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución. Todo lo anterior, es sin perjuicio de que los consumidores que consideren lesionados sus derechos puedan reclamar de ello ante el Servicio Nacional del Consumidor, quien dará a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes.

La responsabilidad del fabricante se encuentra establecida en el artículo 20 letra c) de la ley. En caso de reclamo por deficiencias de fabricación o elaboración, el consumidor puede utilizar cualquiera de las dos vías anteriormente mencionadas. Si opta por la vía judicial, la audiencia que decrete el juez será oral, de avenimiento, contestación y prueba. Dicha audiencia es conducida personalmente por el juez y las partes pueden comparecer a ella personalmente sin la necesidad de apoderado o abogado

⁴³ Singer, Linda, op.cit en nota 20, pág.115 y 118.

habilitado. Creemos que se hace más adecuado en estos casos optar por un proceso de mediación, que involucrar a un juez, que de por sí ya se encuentra abrumado con el número de causas de su tribunal, a esto debemos agregar que se trata de una materia en donde la negociación entre los involucrados es de vital importancia y por ello es de gran ventaja entregar la conducción de dicho proceso a un tercero neutral, como lo es el mediador.

11) Las controversias relativas a cuestiones de patentes, uso de tecnología, marcas registradas y competencia desleal.

"Cuando la falta de acuerdo entre las partes deriva de diferentes puntos de vista sobre cuestiones científicas, técnicas, comerciales, o, incluso legales, los litigantes pueden negociar sus propios acuerdos, con o sin mediador, y pueden limar sus diferencias. Lo que suelen necesitar es la opinión de un experto o perito, de conocimientos e imparcialidad reconocidos(...).

En los buenos tiempos de Silicon Valley, los ingenieros cambiaban de empleo con una regularidad sorprendente. Ineludiblemente, dichos empleados se llevaban sus valiosos conocimientos consigo. Conforme la industria fue madurando, las empresas empezaron a reclamar que se mantuviera el secreto comercial, con el fin de proteger sus técnicas de fabricación. Las empresas exigieron a sus ingenieros que firmasen acuerdos de confidencialidad y de no competencia, para salvaguardar esta especie de propiedad intelectual".⁴⁴

Todos aquellos conflictos que surjan a propósito del uso de tecnología, de una determinada marca o patente, del

⁴⁴ Id., pág. 95.

resguardo de un secreto comercial de fabricación o cualquier otro, pueden ser resueltos por las propias empresas asesoradas por un mediador que sea experto en dichas materias. En estos asuntos cobra relevancia el inconveniente de que un juicio tarda mucho en resolver materias que requieren de una evaluación técnica, y a esto se suma el que las partes para poder agilizar el proceso se vería obligadas en la mayoría de los casos a develar sus secretos comerciales. Por ello la mediación guiada por un perito es la mejor alternativa.

En este sentido, los mayores competidores de la industria de la alimentación en Estados Unidos: General Mills, Kellogg`s y Ralston Purina, suscribieron el compromiso de acudir a la mediación en todas sus controversias relacionadas con la marca comercial, el envasado y el marketing, con el fin de salvaguardar su imagen corporativa y favorecer unas buenas relaciones comerciales.

A continuación conoceremos algunos casos de mediación, que ofrecen ejemplos concretos de por qué la mediación está convirtiéndose en una alternativa de grandes ventajas para la resolución de conflictos comerciales, claro que ninguno corresponde a nuestra realidad nacional, ya que son casos que se citan en la literatura extranjera como ejemplos ilustrativos.

3.6.3 Casos de mediación del Derecho Comparado⁴⁵

- Banco insolvente con Estudio jurídico

Un tribunal de los Estados Unidos designó a un síndico para que se encargara de la liquidación de un banco

⁴⁵ Casos extraídos del *Manual para la resolución de conflictos comerciales* de Bennett Picker, op.cit en nota 1.

insolvente (fallido). Poco después de haber sido nombrado, el síndico revisó los negocios del banco correspondientes a la década anterior a su nombramiento. Llegó a la conclusión de que la quiebra no se habría producido de no ser por la conducta del estudio jurídico que había actuado como principal asesor legal del banco.

El síndico presentó una demanda por mala praxis ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, acusando al estudio de haber causado la quiebra del banco. Concretamente, se alegaba que un socio del estudio jurídico que era miembro del directorio del banco no había denunciado el mal manejo y la apropiación de fondos en que incurrieron los principales funcionarios del banco. El hecho de que ese socio hubiera adoptado una actitud negligente en el directorio, se alegaba, había permitido que la gerencia se mantuviera en su lugar y que la fuga de dinero continuara. Durante toda la década, el estudio jurídico había cobrado millones de dólares de honorarios por sus servicios legales al banco. La demanda planteaba que la conducta del estudio jurídico constituía un conflicto de intereses, ruptura de contrato, fraude e incumplimiento de deberes fiduciarios.

Tras cuatro años de múltiples escritos y testimonios, el juez de la causa ordenó a las partes participar en una mediación privada. Al principio de la mediación, el demandante solicitaba una gran suma de dinero. Como los demandados consideraban que el pleito carecía por completo de fundamentos, la contestación a esa demanda era el no entregar monto de dinero alguno.

Después de permitirles a las partes argumentar los fundamentos de sus posiciones durante algunas horas, el mediador desafió a ambas partes en sesiones privadas a que hicieran una evaluación más realista de sus respectivas posiciones. Pasó varias horas con las partes, examinando los puntos débiles de sus respectivas posiciones y evaluando los probables riesgos y costos del juicio. Tras esto, indujo al demandante a reducir su demanda y a los demandados a hacer una oferta creíble. El mediador instó a ambas partes a enviar la primera señal, explicándoles la teoría de la negociación que indica que la parte que hace la *primera concesión creíble* puede obtener un considerable beneficio.

Más tarde, ese mismo día y tras ocho horas de encuentros en sesiones conjuntas y sectoriales, los demandados finalmente hicieron una oferta de algo más que un valor simbólico. En respuesta, el demandante redujo levemente su demanda. Los demandados fueron persuadidos a aumentar su oferta, aunque lo hicieron por sólo una pequeña cantidad. El mediador mantuvo entonces esta tendencia, convenciendo a las partes de hacer una gran cantidad de pequeñas concesiones. A última hora de la tarde, como resultado de este proceso, el conflicto quedó dirimido en lo que se llama una negociación de *uno a uno*.

En suma, el caso que no podía resolverse se solucionó debido a que el mediador instó a ambas partes, en las sesiones sectoriales, a reconocer sus puntos débiles y reevaluar sus posiciones y ayudó a las mismas a llevar adelante sus estrategias de negociación. Aún en un conflicto puramente monetario como este, el mediador pudo establecer un

grado de comunicación entre las partes que ellas no habían podido lograr por sí solas. Como resultado de la paciencia, la determinación y el continuo optimismo del mediador, las partes estuvieron juntas más de doce horas. En una negociación no mediada, lo más probable es que una de las partes hubiera abandonado el proceso.

- Contratista de defensa⁴⁶ con proveedor

Dos grandes empresas multinacionales, involucradas desde hacía más de dos años en un costoso pleito, recurrieron a la mediación como alternativa. El pleito había comenzado cuando un contratista de defensa demandó a un proveedor por incumplimiento de contrato, alegando que este no había respetado los plazos de entrega estipulados. Como consecuencia de la demora, el contratista se vio obligado a comprarle los insumos a un segundo proveedor, a un precio mucho más alto. La demanda requería el pago de daños por la diferencia de precios.

El proveedor adujo que el pliego de especificaciones del contratista contenía errores que hacía imposible cumplir los plazos de entregas estipulados, y entabló una contrademanda por los pagos adeudados de acuerdo con el contrato.

Seis meses antes del juicio, el juez de la causa programó una audiencia preliminar para resolver aspectos previos al juicio y determinar las posibilidades de un

⁴⁶ Según el Acuerdo de Seguridad y Garantía personal de Seguridad de la Dirección General de Armamento y Material, dependiente del Ministerio de Defensa de España, el Acuerdo de Seguridad es un convenio que se establece entre el Ministerio de Defensa y un contratista, por el que éste se compromete a establecer las medidas de seguridad tanto organizativas como físicas previstas en la legislación para garantizar la protección de la documentación y el material, tanto el entregado por el Ministerio de Defensa como el elaborado por el mismo contratista y que tengan la condición de clasificados.

Debemos advertir que la actividad de los contratistas de defensa no sólo se encuentra circunscrita a la protección de documentos clasificados de los diversos estados que contratan sus servicios, sino que también a la provisión de armas, instrumentos de defensa y distintos mecanismos adecuados para el resguardo y protección de un país o de alguna otra forma de organización.

acuerdo. Se indicó a los abogados de ambas partes que discutieran las opciones conciliatorias con sus respectivos clientes antes de la audiencia. Ante el asesor externo, la abogada del demandante expresó su preocupación por los crecientes gastos y honorarios legales del caso. Así mismo, transmitió la inquietud del director ejecutivo de la compañía por el hecho de que el conflicto estaba impidiendo realizar nuevos tratos con el proveedor en otras partes del mundo. El gerente de asuntos legales le recomendó al asesor externo del contratista que le propusiera una mediación voluntaria al asesor legal del proveedor. El proveedor aceptó participar en la mediación propuesta. En la sesión conjunta inicial, ambas partes defendieron los fundamentos de sus respectivas posiciones legales. Pero en las sesiones sectoriales privadas, las dos partes admitieron su deseo de llegar a una conciliación. Esta concesión se debía a dos factores: 1) Los crecientes costos y honorarios y 2) El reconocimiento de que las partes no podrían encarar futuros negocios conjuntos si el pleito continuaba y la mutua confianza seguía deteriorándose.

Aunque los asesores externos y los principales asesores internos de las empresas asistieron a la mediación, el mediador no logró resolver el conflicto durante la sesión. No pudo darles a las partes el factor que ambas necesitaban: tiempo. Las dos partes precisaban más tiempo para reconsiderar sus posiciones frente a un arreglo. Pero unas semanas más tarde, decidieron que los directores ejecutivos de ambas compañías se reunieran para continuar las negociaciones conciliatorias. El conflicto se resolvió en

esta reunión, en gran parte debido a que la mediación voluntaria había sentado las bases necesarias.

- Banco con empresa de computación

Una empresa de computación de alta tecnología celebró un contrato con un banco por el suministro de un nuevo programa de computación destinado a revolucionar los sistemas contables dentro del departamento de títulos y valores del banco, y a aumentar considerablemente las utilidades de ese departamento. La empresa incumplió varias veces los plazos de entrega pactados, y el banco entabló un juicio por incumplimiento de contrato a fin de recobrar todo el dinero pagado y los montos por otros daños producidos.

Antes de proceder al prolongado y costoso procedimiento de la producción de la prueba, las partes acordaron dedicar un día a efectuar una mediación. El mediador comenzó por pedir a ambas partes que expusieran los fundamentos de sus respectivas posiciones. Asistieron a la sesión conjunta los presidentes de ambas compañías y sus asesores legales. En la primera sesión sectorial con el banco, el mediador se enteró de que el banco no había perdido la confianza en que la empresa de computación pudiera finalmente suministrar el producto conforme a las necesidades y especificaciones del banco. Pero había dudas acerca de la capacidad de la empresa para cumplir con los plazos de entrega. A su vez, en la primera sesión sectorial con la empresa de computación, el mediador se enteró de que la compañía necesitaba más tiempo para resolver los problemas dentro del sistema, que confiaba en su capacidad de cumplir sus obligaciones puntualmente y que había otros bancos interesados en adquirir el sistema si

este funcionaba según se había publicitado. El mediador también supo que el futuro potencialmente lucrativo de la empresa dependía de que realizara con éxito esta primera instalación.

En dos días, el mediador pudo trabajar directamente con las partes para establecer la relación entre ambas. A la empresa de computación se le concedió tiempo adicional para cumplir el contrato. Además, se modificaron los términos contractuales a efectos de darle al banco una leve rebaja en el precio del programa de computación y una participación en las ganancias que obtuviera la empresa de computación por futuras instalaciones en una determinada cantidad de años.

Podemos apreciar que en los casos recién expuestos la intervención del mediador fue de gran ayuda para repositonar a las partes en el conflicto, pese a que en uno de ellos no se logró resolver la controversia inicialmente. La ventaja que exhiben los procedimientos de mediación es esta posibilidad de reevaluarse y ponerse en la posición de la parte contraria, por ello las partes deben tratar de ser lo más sinceras posible con el mediador y sus abogados.

Por su parte el mediador deberá escoger un estilo de mediación, los cuales varían desde el puramente facilitador hasta el puramente evaluativo. Esta es una cuestión de opción personal de cada profesional, por lo que incluso podría combinar ambos estilos, lo trascendental en este caso es lograr la comunicación de las partes, establecer la confianza y salvar los estancamientos.

"El rol fundamental del mediador es facilitar la comunicación y la conciliación entre las partes, y ayudarlas

a llegar a un acuerdo. El mediador no toma decisiones ni juzga la equidad del resultado. Las partes deciden qué es equitativo y qué no lo es, qué es aceptable y qué es inaceptable. Por lo tanto, las partes son las que tienen el poder en el proceso de mediación, y no el mediador".⁴⁷

3.7 El alcance de los acuerdos en la mediación

Siguiendo lo señalado por los autores de la obra conjunta *El Proceso de Mediación*, lo natural al pensar en las ventajas de la mediación como método para resolver conflictos, es fijarse en los resultados obtenidos a partir de su aplicación y esto se traduce en el número de acuerdos que un mediador haya podido promover. En todo caso, es posible valorar también la posibilidad de un *no acuerdo*, ello debido a que independientemente de si los mediados acuerdan o no, las partes que participan en una mediación viven un proceso de encuentro con el *otro*, lo que en opinión del Centro de Mediación de la Corporación tiene un gran valor para las personas en su revalorización y restablecimiento de confianzas. Así mismo, al participar en una mediación las partes pueden depurar su conflicto, delimitarlo, acotarlo y tomar decisiones menos influenciadas e informadas de cómo resolverlo.

"Cualquier método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios: debe conducir a un acuerdo sensato, si el acuerdo es posible. Debe ser eficiente. Y debe mejorar, o por lo menos no deteriorar, la relación entre las partes. (Un acuerdo sensato puede definirse como aquel que satisface los intereses legítimos de ambas partes dentro de lo posible, que

⁴⁷ Picker, Bennett, op.cit en nota 1, pág. 45.

resuelve los conflictos de intereses con equidad, que es durable, y que tiene en cuenta los intereses de la comunidad.)".⁴⁸

Por lo recién expuesto nos parece que los acuerdos que se alcancen al finalizar o cerrar el proceso de mediación deben ser reales, esto quiere decir que debe ser posible ejecutarlos dentro de las leyes de la naturaleza y moralidad, además deben contribuir a mejorar las relaciones de los involucrados, debiendo actuar estos en todo momento de las negociaciones de buena fe y rectamente.

Los acuerdos pueden revestir diversas formas, pudiendo ser escritos o verbales, privados o solemnes, globales o parciales y permanentes o temporales.

El artículo 14° del reglamento procesal de mediación del CAM Santiago señala que una de las formas de terminar la mediación es por medio de la celebración de un acuerdo entre las partes. A su vez el artículo 15° dispone que si la mediación concluye en un acuerdo, sea total o parcial, se redactará y firmará un acta y un documento que consigne el acuerdo (acuerdo solemne), el que para efectos de todo derecho y/u obligación que requiera ejecución, tomará la forma de un contrato de transacción, el que será reducido a escritura pública. En todo caso, las partes pueden decidir celebrar un acuerdo verbal (acuerdo privado) y se estará a su voluntad, sin perjuicio de levantarse y firmarse un acta.

En el proyecto de ley que crea a los tribunales de familia señala en el artículo 76° que en caso de llegarse a acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a

⁴⁸ VV.AA, op.cit en nota 25, pág. 25.

mediación (acuerdos globales o parciales), se dejará constancia de ello en un acta de avenimiento. Dicha acta, una vez aprobada, se estimará como una sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

Por lo visto, el grado de formalidad de los acuerdos dependerá de los estatutos que los regulen. En todo caso pareciera recomendable escriturar los acuerdos reduciéndolos a escritura pública para así salvaguardar su cumplimiento.

3.8 Ventajas y desventajas de la utilización de la mediación

Apoyándonos en lo señalado por Bennett Picker en su obra *Guía Práctica para la Mediación* concluimos que, las ventajas de la mediación y las razones de por qué el uso de ella produce buenos resultados, son las que siguen:

1)Control de las partes: Los participantes poseen durante todo el proceso el control del mismo y de su resultado. Al ser la mediación una instancia voluntaria no se le puede imponer a ninguno de sus intervinientes una solución, pues el mediador no actúa como un juez. Lo favorable de la dinámica de las mediaciones es que se favorece el diálogo y por ello las partes son capaces de formular soluciones negociadas y creativas que no sería posible plantear en un juicio, en donde el proceso está a cargo de un agente externo como lo es el juez.

En este sentido, se señala en la obra *El proceso de mediación* lo siguiente: "Creemos que la importancia de estos sistemas alternativos de resolución de conflictos, en especial la mediación, radica en que genera para las personas una forma cualitativamente distinta de abordar e intentar dar una respuesta a sus conflictos interpersonales, entre

instituciones y personas o incluso entre instituciones, basándose en el protagonismo y en el derecho de ejercer cabalmente la ciudadanía mediante la propia actuación en la resolución de sus conflictos".⁴⁹

2) Mayor eficacia: La mediación es una vía eficaz para resolver conflictos. Esto debido a que con ella se reducen las pérdidas de tiempo, imprimiéndole celeridad a los procedimientos, ya que los casos se pueden abordar en términos de días u horas, resolviéndose con dinámica y eficacia aspectos legales o relativos a los hechos que en un proceso judicial tardarían mucho en ser resueltos. Reflejo de esto es lo señalado por los operadores del Centro de la CAJ (Corporación de Asistencia Judicial) de la Región Metropolitana, ya que en el Centro el tiempo promedio que media entre la aceptación a participar y la fecha de la primera sesión es de un máximo de diez días y la duración promedio de una mediación completa es de un mes.

De igual manera, se trata de una figura que ofrece ventajas desde el punto de vista económico, ya que los costos de la mediación son considerablemente menores frente a los que genera un juicio. Advertimos de antemano que dichos costos dependen de la institución u organismo que ofrezca los servicios de mediación. Así, el CAM Santiago cuenta con una lista de tarifas aplicable a las mediaciones manejadas por dicho centro y que se ofrecen de antemano a los clientes, agregándole seriedad a todo el proceso. Las tarifas desarrolladas por el CAM se basan en la cuantía del asunto o importe del litigio en Unidades de Fomento.

⁴⁹ Id., pág. 94.

Por su parte, el Centro de Mediación de Santiago dirigió su actividad, en un primer momento, a personas beneficiarias de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, pero esta modalidad de ingreso se modificó, ampliándose la cobertura a cualquier persona que solicite la atención del Centro, dejándose en claro, eso sí, que se mantiene una preferencia por las personas que tienen privilegio de pobreza.

3) Mejor comunicación: La mediación les proporciona a las partes la oportunidad de comunicarse mejor y descubrir un terreno en común a través de la exploración de sus verdaderos intereses y posiciones.

Tal como señalan los prácticos del Centro de Mediación de Santiago de la CAJ Metropolitana, es positivo concentrarse en los intereses y no en las posiciones, ello debido a que generalmente existen varias posiciones que podrían satisfacer un interés, y porque tras las posiciones opuestas hay muchos otros intereses, además de los que pueden oponerse, puesto que tras las posiciones opuestas hay intereses compartidos y compatibles, además de los conflictivos.

La idea es no cerrarse en una posición única e intransable, sino que abrirse al abanico de posibilidades que pueden surgir del diálogo para satisfacer los intereses principales de las partes. Lo importante es lograr satisfacer dichos intereses, preguntándose cuestiones como el por qué y el para qué las partes exigen lo que están exigiendo. En cambio, las posiciones pueden obtenerse recurriendo a otros modos de resolución, como la imposición, o la adjudicación,

pero los reales intereses de los involucrados en la mediación sólo podrán ser resueltos a través de la negociación.

Claro está, que todo lo anteriormente señalado se hace posible bajo un clima de colaboración y tolerancia. Es vital que las partes entiendan que la mediación implica realizar concesiones y transar con el otro, advierten los funcionarios del Centro de Mediación de Santiago que: "Toda intervención de este tipo está sustentada en valores desde la perspectiva de adhesión, tales como el creer en el diálogo, en la colaboración de las personas; en la dimensión positiva de todas las personas, como la buena fe; en la posibilidad de crecer y cambiar de los seres humanos, en la posibilidad de no optar por lo confrontacional, y en la responsabilidad por los más débiles y carentes, entre otras".⁵⁰

Una de las finalidades de los MARC y en especial de la mediación, es la de poder lograr una sociedad más sana y pacífica y tal como lo señalamos en la primera parte de este trabajo: reducir al mínimo acciones como las de pleitear o litigar, que hoy en día se nos presentan como usuales y como la única vía posible para resolver los conflictos en los que los seres humanos nos vemos envueltos.

4)Privacidad y confidencialidad: El carácter privado y confidencial del proceso de mediación favorece la posibilidad de llegar a un acuerdo. Las partes tienen menos renuencia a revelar información privilegiada o delicada una vez que se sienten cómodas con el mediador y con el contexto de la mediación. Muchas empresas y compañías optan por resolver sus conflictos mediante la mediación para evitar una publicidad

⁵⁰ Id., pág. 38.

adversa, la cual podría producir para la compañía una consecuencia más negativa que la existencia misma del conflicto. Así mismo, la protección que proporcionan la confidencialidad y la obligación de secreto permite una comunicación y diálogos más francos que la que se da en el arbitraje y en el juicio. En los Estados Unidos como consecuencia de los reglamentos de prueba y del secreto profesional de carácter legal, la información presentada durante una mediación generalmente es mantenida como confidencial por todos los participantes y no puede ser revelada en un juicio. Pero la información que es admisible o puede ser revelada por otros medios no queda protegida por el solo hecho de haber sido presentada durante una mediación. Otra gran excepción al carácter confidencial de la mediación la constituye la obligación legal de revelar la información relativa al plan para cometer un delito.

En Chile la situación es similar, ello debido a lo establecido en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, relativo a las personas que no están obligadas a declarar en un juicio, norma que al ser interpretada extensivamente podría alcanzar a los mediadores. Lo mismo ocurre con lo estatuido en el Código de Ética de los mediadores del CAM Santiago en su artículo N° 10, el cual señala que toda información entregada por las partes durante el proceso de mediación, así como el proceso mismo, son absolutamente confidenciales y en consecuencia le queda vedado al mediador revelar información obtenida durante el proceso de mediación, tanto a la Justicia, como a terceras personas ajenas a la mediación, salvo que se trate de un

hecho constitutivo de un delito de aquellos que la ley obliga a denunciar. Este deber de confidencialidad se aplica igualmente a las partes y a todas aquellas personas que participen en la mediación en calidad de observadores, abogados, peritos, así como a todo el personal del Centro. En la primera sesión que celebre el mediador con las partes, se firmará un convenio de confidencialidad, aunque el Centro se reserva la facultad de utilizar los datos de sus casos de mediación con fines únicamente estadísticos y de capacitación interna, sin revelar el nombre de las partes ni el contenido de la mediación. Por último, podemos decir que el proyecto de ley que crea a los tribunales de familia también resguarda la confidencialidad y privacidad del proceso, de acuerdo a lo señalado en su artículo N° 56.

5)Bases para una resolución posterior: Aun cuando un conflicto quede sin poder ser resuelto, en el proceso formal de mediación, generalmente se han sentado las bases para una resolución posterior, ya sea la efectuada directamente por las partes, con la participación de un mediador o bien por medio de un posterior juicio que podría ser preparado mediante la orientación sobre el conflicto que otorgó el proceso de mediación.

6)Bases para continuar las relaciones: La mediación ofrece la posibilidad de que las partes no terminen sus relaciones comerciales y las continúen habiendo resuelto sus conflictos en forma pacífica y negociada, sin la mala publicidad y deterioro de relaciones que conlleva un juicio. Lo bueno del proceso de mediación es que permite *poner en la mesa* otras

cuestiones para ser resueltas, sin que éstas hayan llegado aún a convertirse en conflicto.

7) Aspectos técnicos: Una de las grandes ventajas de ciertos MARC como la mediación, el arbitraje, o la evaluación neutral temprana, es la experiencia técnica que poseen los mediadores. Esto no sólo se debe a la capacitación y entrenamiento que reciben para poder desempeñarse como tales, sino a que poseen los conocimientos técnicos y la experiencia necesaria en ciertas áreas y materias, tales como: la Psiquiatría, la Psicología, o el Servicio Social en el caso de la mediación familiar y escolar. Así mismo, los conocimientos en el área del derecho son de gran importancia en el caso de las mediaciones comerciales y empresariales, civiles, administrativas, laborales y respecto a la indemnización de daños y perjuicios. Podemos apreciar que lo ideal es que se trabaje con equipos interdisciplinarios para dar una mejor asesoría al cliente. Por ejemplo, en el caso del CAM Santiago, la nómina de mediadores está compuesta no sólo por abogados sino que por ingenieros civiles y comerciales, de manera tal, que sean las partes quienes elijan a su mediador, contando siempre con el respaldo y seriedad de la Cámara de Comercio de Santiago.

8) Descongestión de los tribunales: A partir de la experiencia práctica que han experimentado los creadores del Centro de mediación de la CAJ de la Región metropolitana, fueron capaces de observar que se produce no sólo una descongestión cuantitativa de los tribunales de justicia, debido a que un potencial número de casos que podrían llegar a la justicia

ordinaria se resuelven por medio de la mediación, sino que también se produce una descongestión cualitativa.

"La mediación propicia la propia deliberación, apelando a la voluntad de las apersonas, al deseo y necesidad de resolver sus propios conflictos, lo que abre un nuevo camino a lo que tradicionalmente se conoce, en donde existe un interés en participar, en encontrarse frente a frente con la persona con quien se abordará el conflicto, en escuchar y ser escuchado, en comprender los planteamientos del otro, ponerse en sus zapatos, apelando siempre a la buena fe y sacando lo mejor de cada uno, con apertura, con altura de miras(...).

Es esto a lo que nos referimos cuando hablamos de un proceso de descongestión cualitativamente distinto, en este contexto los números se vuelven menos importantes en sí mismos y adquiere más presencia el *cómo* que acompaña a esos números, lo que importa es favorecer la buena convivencia, la no confrontación, la paz sobre la beligerancia, el diálogo frente a la imposición, la colaboración sobre la competencia, más aún cuando se trata de personas que mantienen y mantendrán un vínculo".⁵¹

Nos hemos referido a las ventajas que ofrece la mediación, pero ahora señalaremos algunas de sus desventajas:

1)Desinformación generalizada: Las mediaciones pueden fracasar debido a la ausencia de comprensión de los participantes respecto del proceso. Ello lleva a que los intervinientes muchas veces estén mal representados en la sala de mediación; que no exista una persona adecuada que tome decisiones clave, cuando se trata de empresas y

⁵¹ Id., pág. 94 y 95.

compañías; que se trate de un caso no apto para la mediación o que las partes no tengan la información necesaria para efectuar una evaluación razonable de los arreglos posibles a los que pudieran llegar sin efectuar una mediación. Así mismo, es común que las partes presenten hostilidades que hagan imposible mediar, o bien que, lo que busquen sea lo que puede proporcionarles una sentencia judicial por medio de un juicio. La mediación no es para todos los casos ni para todo tipo de personas.

2)La voluntariedad: Por el hecho de que generalmente la participación en una mediación es voluntaria, muchas veces las partes son reticentes a involucrarse en ella. Las personas generalmente colaboran en ciertas instancias por encontrarse obligados por la ley.

3)Factores culturales: Es común que los seres humanos rehuyan de aquello que les es desconocido y en nuestro país no existe una cultura de mediar, por lo tanto a las partes no les va a ser del todo fácil enfrentar cara a cara sus problemas con otra persona y tratar de resolver sus diferencias dialogando activamente, sin que un tercero resuelva el conflicto.

4)Ausencia de coercibilidad y de sanciones: El gran punto en contra que caracteriza a los diversos MARC, incluyendo al más conocido que es el arbitraje, es su carencia de coercibilidad y de sanciones. Respecto a ello Linda R. Singer señala: "Junto a las múltiples ventajas que conlleva la resolución informal de conflictos, existen también importantes desventajas. Los acuerdos negociados no generan modelos de comportamiento para otras personas que puedan enfrentarse a un conflicto similar en el futuro. No se castiga a los

infractores de la ley o los tramposos (aunque los acuerdos negociados puedan estipular multas en caso de una futura nueva infracción)".⁵²

Para aquellos que piensan que la efectividad del derecho o de cualquier norma debe ir aparejada de sanciones que aseguren su cumplimiento, ésta constituye una gran desventaja. Así mismo, por el hecho de que los árbitros y mediadores carecen de imperio, para ordenar la ejecución de las resoluciones y acuerdos que no se cumplan en forma espontánea, se debe recurrir a la justicia ordinaria según el artículo N° 635 del Código de Procedimiento Civil.

Todo lo señalado puede generar desconfianza en las partes y llevarlas a considerar que el proceso no es fiable puesto que no asegura los medios para el cumplimiento de sus fines. Pero la mejor forma de resolver este obstáculo es formando a las personas en la cultura del diálogo y de la colaboración.

5) La existencia de recursos desiguales: Muchos podrían pensar que si las partes llegan en desigualdad de condiciones, la parte con mayor poder podría manejar el proceso y producirse un resultado injusto.

Los Creadores del Centro de la CAJ de la Región Metropolitana advierten que el objetivo común de las partes es resolver una divergencia y para lograrlo deben concentrarse en ello, de tal manera que los caracteres económicos y culturales se asumen, pero no constituyen el foco primordial de atención.

⁵² Singer, Linda, op.cit en nota 20, pág. 28 y 29.

Capítulo IV

Mediación, ¿Una privatización de la justicia?

Como hemos podido apreciar hasta el momento, en Chile, no existe una ley específica que reglamente el uso de la mediación como una instancia prejudicial anexa a los tribunales de Justicia.

Para poder analizar las implicancias que conllevaría a nuestro juicio, introducir la RAC dentro de nuestro ordenamiento jurídico (a través de la inclusión de la mediación) nos basaremos en la experiencia de Argentina, específicamente en la Ley N° 24.573 de Mediación y Conciliación.

Esta última, fue publicada el 27 de Octubre de 1995 y comenzó a regir el 23 de Abril de 1996 con carácter obligatorio, por un plazo de cinco años y quedando en suspenso su aplicación hasta la correspondiente implementación en los Juzgados Federales. Sin embargo, por acuerdo plenario del 11 de Julio del 2000, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por unanimidad, dispuso propiciar ante el Ministerio de Justicia la prórroga de la ley de mediación.

El ámbito de aplicación de la ley, alcanza a la Justicia Nacional Civil y Comercial de la Capital Federal y la Justicia Federal Civil y Comercial de todo el país.

4.1 Una ley de mediación para Chile

Plantearemos brevemente, una ley de mediación que podría regir en nuestro país, pero sólo analizaremos algunos materias que a nuestro juicio son de importancia.

Nuestra propuesta legislativa es similar a la establecida en Argentina. Por ello, como una forma de mejorar el acceso a la administración de justicia, de evitar la saturación de los tribunales, de rebajar el tiempo y costos de tramitación de los procesos, consideramos viable la alternativa de establecer una mediación obligatoria previa a todo juicio civil o comercial que se desarrolle en nuestro país. Se trataría de lograr lo que señala el artículo 1º de la Ley 24.573, en su parte final: "Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia".

Hablamos de mediación prejudicial obligatoria en el sentido de que las partes se encuentran obligadas a concurrir a la primera sesión de mediación. No se está obligado a llegar a un acuerdo con la parte que promovió el proceso de mediación, o llegar a un resultado que no satisfaga a los intervinientes. Si la mediación fracasa, se procede a dar inicio al respectivo juicio.

La forma de hacer efectiva la obligatoriedad de asistencia a la reunión conjunta inicial, es por medio del cobro de multas, las que al igual que en el Sistema Argentino, luego de su pago, serían destinadas a un Fondo de Financiamiento del funcionamiento y puesta en marcha de las oficinas de mediación.

En Argentina, el Decreto 1480/92 señaló los lineamientos relativos a la regulación de la mediación, creando un cuerpo de Mediadores que funciona en el ámbito del Ministerio de justicia. Así mismo, dispuso la realización de la experiencia Piloto de Mediación conectada con los Juzgados

Civiles. Nos parece una alternativa digna de imitar la creada por nuestro país vecino, en cuanto a instaurar un plan de mediación anexo a los tribunales, ya que así, los usuarios la perciben como algo más cercano, pues si no se lograra un acuerdo, se tiene de antemano designado un tribunal competente para la causa de que se trate. Así mismo, un plan de mediación anexa a tribunales permite abaratar costos administrativos y de ejecución.

Lo adecuado sería que el sistema de financiamiento de la mediación anexa a tribunales fuese conjunto, ello porque podría obtenerse por dos vías. En primer lugar, a través de los mismos usuarios, quienes al realizar la solicitud de mediación deben pagar una determinada suma de dinero, que en todo caso sería baja⁵³, puesto que el Estado debería mirar a esta institución desde el punto de vista de las ventajas que produciría su implementación en el sistema judicial chileno, ya que permitiría descongestionar los tribunales y ahorrar grandes sumas de dinero en gastos administrativos, tales como las costas procesales.

En segundo lugar, podemos mencionar a las multas como otra forma de financiar la institución. En Argentina se creó

⁵³ El Decreto Reglamentario de la Ley de mediación y conciliación, N° 91 del año 1998, estableció en su artículo N° 1 dos clases de mediación obligatoria. La llamada mediación "oficial" que corresponde a aquella establecida en el artículo primero de la Ley 24.573, y que se formaliza en la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, procediéndose posteriormente al sorteo del mediador. Por otra parte, encontramos la mediación "privada", para el caso en que las partes privadamente elijan al mediador o bien se designe a propuesta del reclamante. El Decreto N° 91, señala en sus artículos 3° y 4°, los aranceles de las mediaciones. Para el año 1998, el arancel de mediación oficial era de \$ 15 pesos, siendo necesario haber acreditado su pago, mediante la exhibición del comprobante de depósito efectuado en la cuenta oficial correspondiente, ello para que la mesa general de entradas sortee juzgado y al mediador que corresponda, devolviendo debidamente intervenidos por el Ministerio de Justicia, los formularios de solicitud que en su oportunidad presentó el reclamante. Luego, el mismo deberá entregar en la oficina del mediador, el comprobante de pago del arancel, los ejemplares intervenidos del formulario de requerimiento, más una suma de \$ 20 pesos por concepto de gastos administrativos, a ello se debe agregar el costo que insuma cada notificación (las notificaciones por cédula sólo proceden en la mediación oficial). Para el caso de la mediación privada, el artículo tercero establece un arancel de \$ 5 pesos, que deberá ser ingresado por medio de depósito efectuado en la cuenta oficial correspondiente, que disponga el Ministerio de Justicia. El pago de dicho depósito deberá ser acreditado ante el mediador.

el Fondo de Financiamiento con el fin de solventar: el pago de los honorarios básicos de los mediadores⁵⁴; las erogaciones que implique el funcionamiento del Registro de Mediadores, y cualquier erogación relacionada con el sistema de mediación. A su vez, dicho fondo se financia con: las sumas asignadas por el presupuesto nacional; los reintegros de los honorarios básicos del mediador en caso de fracaso de la mediación; las multas señaladas en los artículos 10 y 12 de la ley⁵⁵; las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito que se haga en beneficio del servicio de mediación y por último, cualquier otra suma que en el futuro se destine al fondo.

Consideramos que el sistema de multas ha sido bien utilizado, ya que los fondos que se obtienen a través de ellas están siendo invertidos en el funcionamiento de la propia institución, por ello deberíamos instaurar algo similar.

Todo este modelo de financiamiento se podría implementar de igual manera en nuestro país, tratándose de mantener bajos

⁵⁴ El mediador percibe por el desempeño de su tarea en las mediaciones oficiales una suma fija que es abonada por la o las partes, conforme al acuerdo transaccional al que se haya arribado. Dichas sumas varían de acuerdo a la cuantía del asunto. En las mediaciones privadas los honorarios pueden acordarse libremente, aplicándose en forma supletoria las reglas establecidas para la mediación oficial. El artículo 21 de la Ley 24.573, señala que para el caso en que fracase la mediación los honorarios del mediador serán abonados por el Fondo de Financiamiento, pero las sumas abonadas por este concepto integrarán las costas de la litis que con posterioridad entablen las partes, las que se reintegrarán al Fondo de Financiamiento, todo esto para evitar que el mediador se vea perjudicado por una mediación en la cual no se logró acuerdo y que las partes omitan los pagos a los cuales están obligadas. De esta manera, el mediador tiene derecho a percibir de quien resulte condenado en costas en el pleito, el monto total de sus honorarios.

⁵⁵ El artículo 10 establece una multa para las mediaciones oficiales equivalente a dos veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador por su gestión. Dicha multa se aplica para el caso de inasistencia a la primera reunión fijada por el mediador y deberá ser cancelada por cada una de las partes incomparecientes.

Por su parte, el artículo 12 establece que para el caso de incumplimiento del acuerdo, lo acordado podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución el juez debe aplicar la multa señalada en el artículo 45 del citado Código, el cual señala que si se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambas conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto objeto de la sentencia, y en los casos en que el objeto de la pretensión no fuese susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de \$ 50.000 pesos.

aranceles administrativos y de pagos a fin de que se aumente el número de usuarios. Cabe señalar, que para el caso de personas de escasos recursos, que sean beneficiarios del privilegio de pobreza y que debieran ser atendidos por los postulantes en las Corporaciones de Asistencia Judicial o bien por los abogados de turno, el estado debería proveer las sumas para solventar el respectivo procedimiento o bien declararlo gratuito.

Para el evento en que no se logre acuerdo durante el proceso de mediación, las partes no deberían estar obligadas a pagar los honorarios del mediador ni los costos administrativos del proceso, ya que nos parece que esto sería poco justo con los usuarios, pudiendo generar molestias y quitarle eficacia a la ley, por ello en estos casos el Fondo de Financiamiento asumiría el pago de estos costos. Cabe hacer presente de que aquí nos alejamos del modelo argentino, ya que en dicha regulación, si no prospera la mediación los honorarios del mediador son abonados por el Fondo de Financiamiento, pero se encuentran sujetos a reintegro una vez que las partes asuman los costos de la litis.

En cuanto al rol del abogado, no estamos de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de la ley Argentina, el cual establece que la asistencia letrada será obligatoria. Si el mediador es un abogado (sería lo adecuado), puede ilustrarle a las partes las consecuencias jurídicas de la toma de decisiones, por ello una mejor alternativa es que el asistir con abogado sea facultativo para las partes y en el caso de que una de ellas se presente con este, se deberá suspender la reunión hasta que la otra parte pueda contar con la

asistencia de uno. La presencia de los abogados implica en cierta forma que las partes concurren a la defensiva de lo que pueda ocurrir en la reunión, constituye una especie de *negociación con las armas en las manos*.

Vamos a recalcar que en las conflictos comerciales y civiles se hace imperativo que el mediador sea un abogado, puesto que los efectos de las negociaciones y el acuerdo final se radicarán en el patrimonio de las partes y por lo mismo los derechos involucrados se protegen de mejor forma si el mediador cuenta con una preparación jurídica. Esto no ocurre de igual manera en el caso de las mediaciones familiares, en ellas podría tratarse de un abogado especializado en temas de violencia intrafamiliar y psicología de la familia, o bien contar con el apoyo de un asistente social o terapeuta familiar.

No debemos olvidar que la solución de las controversias y conflictos que surjan en todos los ámbitos de una sociedad es algo positivo para un país, puesto que ello genera paz social y cualquier esfuerzo por solucionar las controversias en forma pacífica y no confrontacional debería ser bienvenido e impulsado.

4.2 Implicancias Constitucionales

Sabido es que el principio de la igualdad tiene en nuestra Constitución un sentido amplio. Dicho principio no sólo se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, sino que también podemos encontrarlo en otras normas constitucionales, tales como: el artículo N° 1 en su inciso primero, en el mismo artículo 19 N° 3, o en otros numerales como el 20, 21 y 22.

Es de importancia entender el valor de la igualdad para justificar el establecimiento de una instancia de mediación prejudicial obligatoria, puesto que con el fin de resguardar la igualdad entre los individuos, el Estado, debe buscar formas de resolución de conflictos que estén al alcance de todos, y que permitan ejercitar en forma eficaz y no discriminatoria los derechos que el ordenamiento jurídico en su conjunto garantiza.

En este sentido, es deber del Estado organizar un sistema de administración de justicia igualitario y no discriminatorio y hasta ahora ha realizado esta tarea creando los tribunales de justicia (ordinarios y especiales) para garantizar la solución de los conflictos. Para ello les otorgó la expresa facultad consagrada en el artículo 73 de la Constitución.

El artículo 19 N° 2 consagra la denominada igualdad ante la ley. Lo que aquí se establece es una igualdad en la ley, es decir una igualdad en el contenido de los derechos o en su aspecto sustantivo. Como corolario de lo anterior, el mismo artículo en su N° 3 consagra la igualdad en el ejercicio de los derechos, esto equivale al aspecto procesal de lo establecido en el número anterior. No basta con que la Constitución nos reconozca derechos o garantías, lo importante es que se establezcan las vías idóneas para llevarlos a la práctica. Por lo tanto, el legislador debe disponer todos los medios necesarios para hacer cumplir y proteger la igualdad en el ejercicio de los derechos antes mencionados.

Consideramos que si se dictase una ley de mediación prejudicial obligatoria, se estaría cumpliendo con el mandato constitucional, puesto que si tomamos como ejemplo los aspectos generales que podría contener dicha ley y que fueron tratados anteriormente en nuestro trabajo, no vemos de qué manera podría tal contenido producir diferencia arbitraria alguna. En este sentido: "Se observa que los MARC vienen siendo propuestos y promovidos como una opción institucional de acceso y de mejoramiento de la justicia. Desde su consideración en el ámbito constitucional y/o siendo el objetivo de leyes específicas, los MARC constituyen de más en más un aporte estructural relevante y marcan una orientación revalorizante de la función social de la justicia como garantía de la convivencia pacífica".⁵⁶

Es la propia filosofía inspiradora de la justicia alternativa y por ende de la mediación, la que impide que el contenido de su regulación sea discriminatorio y atente en contra de la igualdad que debe existir entre las personas. No en vano hemos mencionado los principios de la solidaridad, tolerancia, participación y búsqueda de soluciones creativas, como parte integrante del sustrato ideológico de la mediación.

Pero aun más importante es que el objetivo último de la legalización e implementación de los MARC, sea que tengamos una justicia que no se base en el litigio o en la confrontación y que busque como fin la paz social. Si somos capaces de asimilar esto, veremos que el contenido legal planteado en el modelo teórico de ley, precisamente lo que

⁵⁶ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, op.cit en nota 4, pág. 2.

busca, es lograr la igualdad y un sistema de administración justicia que esté en forma pronta y eficaz al alcance de todos.

Ahora bien, no todo está tan claro, ya que podrían surgir las siguientes interrogantes: ¿Se estaría atentando en contra de la igualdad al cobrar por la mediación?; ¿Qué sucede con quien no pueda costearla?; ¿Se trata de pagar por la administración de justicia, que es deber del propio Estado procurar?; ¿Estamos frente a un intento de privatizar la justicia?.

Para poder responder estas interrogantes debemos mirar hacia la realidad que existe hoy en día. Sabemos que en el caso de que un individuo desee ejercitar una acción, cuenta con todo el aparato de administración de justicia organizado por el Estado Chileno. Para poner en marcha esta acción deberá costear ciertos gastos, tales como: notificaciones, peritajes o cualquier otra carga pecuniaria a la que se encuentran sujetos los litigantes según lo establecido en los artículos 25° al 28° del Código de Procedimiento Civil. Luego de todo el curso judicial que seguirá dicha acción, el juez dictará la respectiva sentencia pudiendo condenar en costas a la parte vencida totalmente o relevarla de tal obligación si estima que tuvo motivos plausibles para litigar.

Una vez que hemos apreciado someramente como funciona nuestro sistema de justicia, podemos advertir que el gran escollo que podría enfrentar la mediación prejudicial obligatoria es el pago que deben hacer las partes para acceder a solucionar sus conflictos. Podríamos pensar que el Estado se encuentra evadiendo su obligación de proveer a las

personas una forma de ejercer sus derechos con igualdad, puesto que la persona que carece del dinero para costear los aranceles de mediación, se vería marginada del sistema de justicia.

Para salvar este obstáculo debemos recalcar las siguientes ideas:

-En general los usuarios de nuestro actual sistema de justicia sí pagan por su uso y costean su mantenimiento a través de diversas vías. La primera forma de financiamiento de los gastos de funcionamiento de nuestros tribunales surge a partir de los impuestos de los contribuyentes a través de la Ley de Presupuestos. El Código Orgánico de Tribunales a propósito de la regulación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial⁵⁷ deja claro que corresponde especialmente a la Corporación la elaboración de los presupuestos y la administración, inversión y control de los fondos que la Ley de Presupuestos asigne al Poder Judicial. Así mismo, la Corporación tiene un patrimonio formado, entre otros, por los fondos que se consulten anualmente en la Ley de Presupuestos de la Nación para su funcionamiento, los frutos y rentas que produzcan tanto sus bienes como los fondos depositados en las cuentas corrientes de los tribunales de justicia, el producto de las multas y consignaciones que las leyes establezcan a beneficio de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, y los depósitos a que se refiere el artículo 515 del Código Orgánico de Tribunales, es decir, las cantidades que deban aplicarse a beneficio fiscal en los casos que se

⁵⁷ La administración de los recursos financieros, tecnológicos y materiales destinados al funcionamiento de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y de los Juzgados de Letras, de Menores y del Trabajo, la ejerce la Corte Suprema a través de la Corporación Administrativa del Poder Judicial..

exige consignación previa de dinero para recurrir de apelación, casación, revisión o queja.

También son las partes quienes deben costear las notificaciones y otras cargas pecuniarias, como ya señalamos anteriormente. Así mismo, les corresponde el pago de multas y consignaciones en diversas ocasiones.

Como podemos apreciar, el sistema de administración de justicia Chileno, no constituye una instancia que funcione por caridad estatal, son muchas las erogaciones que deben realizar las partes y los usuarios para que este funcione como tal, y por lo mismo no consideramos atentatoria en contra de la igualdad o discriminatoria la implementación de una mediación pagada. Ahora bien, debemos tener presente que los aranceles deben ser bajos y para el que no puede costearlos se debe mantener las formas de asistencia judicial que hoy existen. El Estado no puede eludir lo establecido en el artículo 19 N° 3 inciso 3° de la Carta Fundamental.

- Queremos dejar en claro de que siempre las partes cuentan con el derecho a iniciar la vía judicial, luego de cumplida la mediación. Así mismo, si ella no prospera tienen derecho al reintegro de las sumas pagadas. Pero debemos advertir, que no se trata de que los usuarios cumplan con la mediación de *mala gana* y que asistan a las reuniones en forma poco colaborativa, sabiendo de que si no prospera el proceso se les restituirá su dinero. Para que esto no ocurra debemos dar a conocer las bondades de ser amo y señor en la resolución de nuestros conflictos, de poder manejarlos y solucionarlos conversando.

- En cuanto a la idea de que el uso de los MARC y sobre todo de la mediación, importen una privatización de la justicia, citamos lo que sigue: "La mención de *alternativos* con que se conocen y difunden estos medios y procedimientos, tiene relación y guarda mayor coherencia con el objetivo y las características de no confrontacionales, de autogestión y de protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad social, que definen principalmente su aplicación. La mención de *alternativo* no puede entenderse como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como la sola y exclusiva intención de restarlos de la institucionalidad de la Administración de Justicia y del Poder Judicial en el ámbito del Estado de Derecho".⁵⁸

El que se denomine como *alternativos* a estas nuevas formas de resolución de conflictos, dice relación con la comparación que se realiza entre ellos y un parámetro que es el Juicio, ya que constituyen una opción no tradicional al proceso y debido a que su uso se realiza en el ámbito de las relaciones privadas se basa en la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello no debemos entender que el propiciar su utilización y difusión, se trate de un intento por privatizar la justicia, no olvidemos que los MARC operan dentro del Poder Judicial y su regulación legal es fruto de la actividad legislativa parlamentaria, y no de los privados. La mediación tal como la concebimos en nuestro proyecto legal, se inserta dentro de la institucionalidad judicial y de los mismos tribunales de justicia, no nos encontramos frente a un sistema informal de justicia que implique que el Estado no

⁵⁸ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, op.cit en nota 4, pág 2.

cumpla con su deber de proporcionar a las personas un sistema idóneo para hacer valer sus derechos. Sólo se trata de otorgarle un rol protagónico a las partes para resolver sus conflictos y organizar en forma distinta la administración de justicia.

"Las modalidades de resolución de conflictos, las expresiones concretas para la desjudicialización de los conflictos, las diferentes realidades de justicia local y comunitaria, etc. no son *alternativas* en el sentido de opuestas y contradictorias al sistema de justicia. Ellas pueden ser consideradas y promovidas como parte integrante del sistema y de los planes de justicia. La revisión conceptual basada en análisis de la realidad empírica de los procesos viene demostrando que no es posible separar para hacer contradictorias las llamadas justicia formal de la justicia informal. El Sistema de justicia es uno sólo y las estrategias pueden ser diversas".⁵⁹

⁵⁹ Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, op.cit en nota 4, pág 19.

Conclusiones

Hemos podido advertir, que la introducción de los MARC dentro de los diversos ordenamientos jurídicos obedece a un esfuerzo realizado para poder reformar y modernizar los sistemas de justicia.

Pareciere que no sólo el aparato de administración de justicia de nuestro país se ha visto desfasado, rígido, ineficaz y poco confiable ante los ojos de la sociedad, sino que también se trata de un fenómeno que ha sucedido a nivel mundial.

Así mismo, debemos agregar a estos problemas otra gran falencia de la realidad de hoy: La excesiva duración de los procesos. Para el hombre de este siglo, todo se mueve en torno a las cuotas de tiempo de que dispone, las cuales son pocas y por ello debe ser capaz de poder optimizar su uso. Ningún individuo desea perder toda una mañana en realizar una declaración ante un tribunal y verse obligado a volver otro día para ratificarla o esperar meses por un proveído.

Para poder dar solución a todos estos problemas, se nos presenta la RAC y sobre todo la mediación, como una alternativa de solución.

Pero podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿Por qué no crear más tribunales y preparar a más jueces para dar solución al problema de la administración de justicia?. La respuesta a esta interrogante está, en que como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, pareciera ser que es más sano negociar los intereses que pleitearlos.

Es casi consustancial a todo ser humano, el querer vivir en paz y evitar el conflicto. La mediación y todas las formas

de resolución alternativa de litigios, constituyen los medios idóneos para alcanzar tal armonía. Hoy por hoy, la mejor alternativa que se nos presenta para abandonar la cultura del pleito es la desjudicialización y como los conflictos deben ser resueltos, se ha optado por otorgarle a las partes su manejo, con asistencia de un facilitador experto en la materia que las guiará para poder encontrar una solución mutuamente aceptable.

Todo lo recién señalado es parte de una ola de modernización y vientos de cambio que se han hecho presentes no sólo en Chile. "Los sistemas de justicia, y los procesos de reforma a la justicia, deben comprender tanto el mejoramiento de las instancias judiciales y jurisdiccionales como el acceso a la administración de justicia y el beneficio para todos de una convivencia pacífica".⁶⁰

Todo esto, no significa que el juicio tenga sus días contados, es sólo que debemos tratar de controlar al máximo las causas que lleguen a un proceso judicial, debido a los altos costos económicos, emocionales y de tiempo que importa su utilización.

También podemos concluir, que en Chile, no contamos con una ley de mediación general, ni tampoco con una ley de mediación para el ámbito comercial. Actualmente se contempla en forma aislada en algunos proyectos pero su aplicación aún no es masiva.

Nos parece que falta empuje y visión en este esfuerzo modernizador de la justicia en el que se ha visto envuelto nuestro país. Se evidencia la carencia de una iniciativa

⁶⁰ Ibid.

legislativa que establezca una mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil y comercial.

Creemos que hemos podido ilustrar las ventajas de la aplicación de la mediación en el área comercial, al analizar diversos casos y hipótesis de aplicación. Pero queremos dejar en claro, que esta figura no sólo es operativa en esta área, sino que en todo el derecho privado en general y por lo mismo intentamos que nuestro trabajo y análisis fuese un tanto más abarcador y no tan excluyente.

Por último, podemos señalar que para que las ventajas del uso de la mediación no sea tan sólo una cuestión teórica, nos quedan grandes tareas pendientes por realizar, tales como:

- Colaborar con la difusión de la mediación e informar a los potenciales usuarios sobre su fisonomía, uso y ventajas.
- Capacitar a los abogados y jueces en la cultura de la negociación, formando mediadores altamente calificados. Hacemos hincapié en esto, debido a que como se habrá podido apreciar, la mediación no es una institución de difícil comprensión, pues se basa en el diálogo guiado, pero algo muy distinto es conocer y saber manejar las técnicas para poder facilitar un diálogo y de alguna forma orientarlo para una solución equitativa para ambas partes.

La sociedad de hoy requiere de un sistema de justicia en que se asegure una participación, que sea accesible a todas las personas y los MARC se nos presentan como una estrategia adecuada para lograr dicho objetivo.

Bibliografía

1) Doctrina:

- Aiello de Almeida, María Alba. *Mediación: Formación y algunos aspectos claves*. Editorial Porrúa, México, 2001.
- Colombo Campbell, Juan. *La Jurisdicción*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1982.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?*. Editorial Greca, México, 1998.
- Pacheco, Máximo G. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- Picker, Bennett G. *Guía práctica para la mediación- Manual para la resolución de conflictos comerciales*. Editorial Paidós, Argentina, 2001.
- Recasens Siches, Luis. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 1991.
- Schilling Fuenzalida, Mario Tomás. *Negociación: Solución extrajudicial de conflictos privados*. Editorial Jurídica Conosur, Chile, 1998.
- Schilling Fuenzalida, Mario Tomás. *Métodos alternativos de resolución de conflictos*. Editorial Jurídica Conosur, Chile 1999.
- Singer, Linda R. *Resolución de conflictos-Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*. Editorial Paidós, España, 1996.
- VV.AA. *El Proceso de Mediación*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2002.

2) Documentos y Apuntes:

- Aravena Bustos, Claudio. Cátedra de Derecho Comercial II, Universidad Austral de Chile, año 2001.
- Folleto informativo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, año 2001.

3) Páginas web visitadas y Artículos de Internet:

- www.abanet.org.
- www.aeds.org/congreso6/6congre-12.htm, "Mediación, Conciliación y Arbitraje en el ámbito sanitario: soluciones que aportan". Margarita Retuerto Buades.
- www.camsantiago.com.
- www.camvalpo.cl.
- www.casapaz.cl/biblioteca/acuerdos/a13/Acuerdos13.1.htm. Revista Acuerdos Volumen XIII, año 2001.
- www.cide.cl/liderazgo/schiffrin.PDF, "La Mediación: Aspectos Generales". Adriona Schiffrin.
- www.contalar.com.ar/documentos/porqueahora.doc, "Y por qué resolución alternativa de conflictos...ahora? Corrientes del pensamiento contemporáneo que nutren el desarrollo de mecanismos de justicia participativa". Gabriela Melano.
- www.cpradr.org.

- www.diba.es/cemical/fixters/CARULLAlamediacion.PDF,
"La mediación: Una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales". Pedro Carulla.
- www.e-legislacion.cl.
- www.foresjusticia.org.ar/eventos/MENDOZA/TRABAJOS/JCarlosDupuis.htm, "La reforma judicial en Argentina, justicia inmediata, menor cuantía y sistemas alternativos de resolución de conflictos. A cuatro años de la mediación". Juan Carlos G. Dupuis.
- www.fundacionlibra.org.ar.
- www.geocities.com/Athens/Academy/4799/forum/boninocu.html, "Mediación: Un desafío a la posmodernidad". Silvia Laura Bonino.
- www.inter-mediacion.com.
- www.legalmania.com.
- www.mediadoresenred.org.ar
- www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp09044s04.doc,
"Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos". Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las Recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas).
- www.oas.org/Juridico/spanish/adjustil.htm, "Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas". Gladis Stella Alvarez.

4) Códigos de la República y Leyes Nacionales:

- Constitución Política de la República de Chile.
Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Código de Comercio. Editorial Jurídica de Chile,
1998.
- Código Orgánico de los Tribunales. Editorial
Jurídica de Chile, 1996.
- Código de Procedimiento Civil. Editorial Jurídica
de Chile, 1998.
- Proyecto de ley que crea la nueva ley sobre
Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18).
- Proyecto de ley que crea a los tribunales de
Familia (Boletín N° 2118-18).
- Ley N° 18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas.
- Ley N° 19.496, Ley que establece las normas sobre
Protección de los Derechos de los Consumidores.

5) Códigos y Leyes de la República Argentina:

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
www.legalmania.com.
- Decreto Reglamentario N° 91/98.
<http://www.pmp.jus.gov.ar/archivos/normativa/Decreto%2091%20Reglamentario%20Ley%2024573.htm>.
- Ley N° 24.573 sobre Conciliación y Mediación.
www.legalmania.com.

