

La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura

*The Chilean experience of mediation in family matters. Elements
for a future public policy*

PAULA CORREA CAMUS¹
Universidad Diego Portales, Chile

RECEPCIÓN: 02/06/2014 • ACEPTACIÓN: 18/07/2014

RESUMEN La incorporación de la mediación familiar como un trámite previo y obligatorio al proceso judicial ha generado una amplia discusión en la doctrina y en los operadores del sistema. Uno de los debates más interesantes es aquel que pretende determinar los efectos de la obligatoriedad tanto en los procesos mismos de mediación como en sus resultados. El objetivo de este trabajo es examinar las ventajas y desventajas que traen aparejadas las políticas públicas que incluyen la participación obligatoria en mediación y, en ese contexto, analizar la experiencia chilena en mediación familiar.

PALABRAS CLAVE Mediación, familia, obligatoria.

ABSTRACT The introduction of mandatory mediation as a previous and man-

1. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Directora académica del postítulo de formación de mediadores que imparte la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Directora y profesora del Departamento de Clínicas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; mediadora familiar y docente en el área de los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Correo electrónico: paula.correa@udp.cl.

datory judicial step has generated a broad discussion within literature and among professionals involved in family cases. One of the most interesting issues is related with the effects of mandatory mediation in processes and outcomes. The aim of this paper is to examine the advantages and disadvantages of policies which introduce mandatory mediation, and in this context analyze the Chilean experience of mandatory mediation in family cases.

KEYWORDS Mediation, family matters, mandatory.

I. Introducción

Una de las innovaciones que contempló la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia fue la incorporación de la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Al inicio de la nueva justicia familiar se consagró como una instancia voluntaria para prácticamente todas las materias de competencia de los tribunales de familia. Se esperaba que esta fórmula alternativa mejorara la calidad de la respuesta estatal fomentando el diálogo y protagonismo de las partes y ampliara el acceso a la justicia al ofrecer a los ciudadanos –no sólo a los más pobres- otra vía de solución de sus conflictos familiares. Junto con lo anterior, se estimaba que este mecanismo podría contribuir a mejorar la eficiencia del trabajo de los tribunales, descongestionando el despacho judicial.

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

De allí que una de las razones que se esgrimieron para explicar el colapso de los tribunales de familia fuera precisamente el carácter voluntario de la mediación familiar y su escaso impacto en la descongestión del sistema judicial. Estas y otras razones llevaron al Ejecutivo a plantear una reforma a la ley de tribunales de familia (Ley 20.286 de 2008) la que entre otras modificaciones, incorporó la mediación familiar previa y obligatoria para tres materias específicas: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

En momentos en que se discute una reforma a la justicia civil, en la cual se

proyecta la inclusión de la mediación además del fortalecimiento de la conciliación y del arbitraje, nos parece relevante aportar al debate sobre el diseño de los mecanismos alternativos a través del análisis de las principales fortalezas y debilidades del modelo de mediación familiar previa y obligatoria implementado a partir de 2008 en nuestro país.

Para ello, en la primera sección se presentan algunos antecedentes de sistemas comparados; en la segunda parte se describe el marco legal y reglamentario en que opera la mediación obligatoria en la actualidad y algunos de los resultados de su aplicación en el sistema de justicia de familia. En la tercera sección se plantean las reflexiones del equipo investigador sobre el funcionamiento de la mediación familiar previa en Chile, con especial énfasis en las dificultades de diseño y aplicación del sistema y como ellas impactan en la calidad de los procesos. Finaliza el trabajo con algunas conclusiones y propuestas para contribuir a su mejora del funcionamiento de la mediación familiar².

II. Antecedentes de sistemas comparados.

La conveniencia de la obligatoriedad de la mediación, específicamente en el ámbito de la mediación familiar, es un tema sobre el cual no existe consenso. Esta obligatoriedad -es importante aclarar- no se plantea en términos de resultado, sino que como una etapa a la que las partes son convocadas a concurrir antes de poder comenzar el proceso judicial, como un requisito de procesabilidad de la acción. Si las partes no concurren o no llegan a un acuerdo en mediación, la parte solicitante (es decir, el futuro actor) puede interponer la demanda ante el tribunal correspondiente.

2. El presente artículo se basa en los resultados de una investigación exploratoria realizada por las autoras como parte de las actividades del Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales durante el año 2011, cuyos resultados constan en un documento inédito *Mediación familiar previa: una mirada a dos años de su implementación*. El estudio tuvo como objetivo realizar un análisis crítico acerca del funcionamiento de la mediación familiar previa en Chile y sus resultados tomando como muestra la Región Metropolitana, V y VI. Se realizaron entrevistas en profundidad a mediadores familiares (licitados y privados), abogados litigantes (privados y de las corporaciones de asistencia judicial) y jueces de familia y se revisó material proveniente de las estadísticas del Ministerio de Justicia y del Poder Judicial (CAPJ)/ textos legales y reglamentarios/ estudios realizados por Ministerio de Justicia.

Respecto de este punto se han planteado dos objeciones. En primer lugar, algunos verían la «obligatoriedad» de la mediación o conciliación como una señal equívoca y contradictoria con los principios de la institución, que sería concebida como una instancia eminentemente libre y voluntaria. Para quienes sustentan esta postura, la voluntariedad es un elemento clave para llevar adelante un proceso de mediación y para el éxito del mismo, ya que se requiere de la disposición y colaboración de las partes para lograr el entendimiento entre ellas.³

Sin embargo, esta supuesta contradicción entre obligatoriedad y voluntariedad ha perdido fuerza, pues existe consenso en la literatura especializada que las partes no están «obligadas» a llevar adelante la mediación, que es realmente lo que el principio de voluntariedad demanda. Las partes no tienen que participar si no están interesadas y pueden retirarse del proceso en cuanto lo deseen, su obligación consiste únicamente en asistir a una primera reunión con el mediador, cuestión que dependiendo de la legislación aplicable, en ocasiones ni siquiera es necesaria bastando informar la negativa a participar.

En segundo lugar, algunos consideran que la instauración de la mediación como un trámite obligatorio y previo pugna con el derecho de acceso a la justicia, pues sería una «valla» adicional que los ciudadanos deben sortear antes de ingresar al sistema judicial.

Ahora bien, desde otro ángulo y, a favor de implementar la mediación previa al juicio se ha esgrimido, en primer término, el argumento de la descongestión. La situación de sobrecarga de los tribunales de justicia, especialmente en América Latina, es de gran magnitud y la mediación se ha incorporado como trámite obligatorio en muchas ocasiones con el objeto de descongestionar los atiborrados despachos judiciales.⁴

3. Sobre este debate ver: WISSLER (1997) p. 565; VARGAS (2008) p. 138 – 202; SUARES (2002); QUEK (2010) pp. 483 – 484.

4. Este ha sido el argumento explícito para incorporar la mediación obligatoria en las legislaciones de Colombia, Ley 23 de 1991 denominada «Ley que crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales». Asimismo, una reforma posterior está contenida en la ley 446 de 1998, o «Ley sobre Descongestión, Acceso y Eficiencia en la Justicia.» En Argentina, la Ley 24.573 de Mediación y Conciliación entró en vigencia en 1995, y esgrime fundamentos similares. En el este artículo se detalla más adelante cómo este argumento fue determinante para introducir la obligatoriedad en la mediación familiar en Chile. Véase también: WISSLER (1997) p. 566.

Asimismo se ha sostenido que la ‘obligatoriedad’ es necesaria, a lo menos en una primera etapa, mientras la mediación se hace conocida y valorada por la población. El argumento apunta a la cultura legal litigiosa y autoritaria de nuestras sociedades, la que no favorecería a los mecanismos de negociación y los acuerdos que emanen de las partes. Ello se ve confirmado por la modesta demanda de servicios de mediación cuando ésta no constituye una instancia obligatoria.⁵

En este escenario y, existiendo diversas posturas teóricas sobre la conveniencia o inconveniencia de la ‘obligatoriedad’ de la mediación, resulta útil revisar sus resultados en la práctica de acuerdo a antecedentes de sistemas comparados que hemos tenidos a la vista.

En primer término, y en relación al proceso de mediación propiamente tal, existen diversos estudios (especialmente norteamericanos) que han comparado procesos de mediación a los que se llega de manera ‘voluntaria’ y de forma ‘obligatoria’, con el objeto de evaluar si existen diferencias relevantes entre ellos.

En un estudio realizado en 1997, Wissler concluyó que los costos de la mediación obligatoria son relativamente pocos comparados con sus beneficios. Así, cotejó la probabilidad de llegar a acuerdo, la naturaleza del proceso y sus resultados, la percepción sobre presiones para llegar a un acuerdo, la relación de las partes, etc. El estudio encontró que en el escenario de mediación obligatoria se producen menos acuerdos que cuando la instancia es voluntaria. A la vez, las partes manifestaron que no habían sentido presión por participar o llegar a un acuerdo. Asimismo, no hubo diferencias relevantes en ambos grupos en cuanto a la opinión de las partes sobre el mediador, el proceso de mediación o sus resultados. Sin embargo, en algunos casos, tanto las partes como sus abogados, percibieron el proceso de mediación obligatoria como menos ‘justo’ y se declararon menos satisfechos.⁶

En un trabajo de 2010, Quek cita numerosos estudios que corroboran que siempre existen menos acuerdos en las instancias obligatorias de mediación que en las voluntarias, aunque no se observan diferencias importantes.⁷ Asimismo, concluye que en la medida de que no existan presiones indebidas y que las sanciones por no participar en el proceso no sean desproporcionadas, la

5. QUEK (2010) p. 483 – 484.

6. WISSLER (1997) p. 600 – 601.

7. QUEK (2010) p. 486 – 487.

instancia obligatoria, al menos por un período, puede ser necesaria para dar a conocer el mecanismo a la ciudadanía.⁸

Asimismo, Vargas cita dos estudios realizados en la década de los noventa en Estados Unidos. Uno de ellos concluye que en el caso de mediación obligatoria ingresan más casos, aunque existen mayores índices de acuerdos y satisfacción cuando la instancia es voluntaria. El segundo mostró que el nivel de acuerdos no sufrió variaciones sustanciales en ambos escenarios.⁹

Pese a no existir una gran cantidad de evidencia que compare ambas situaciones, todo indica que cuando se lleva adelante un proceso de mediación obligatoria existen menos acuerdos que en una instancia voluntaria, pero la diferencia no es significativa. Ello, además, tendería a apoyar la tesis de que en una mediación obligatoria no existen mayores presiones por llegar a acuerdos, justamente porque los acuerdos son menos. A su vez, existen algunas diferencias en los niveles de percepción y satisfacción del proceso en uno y otro escenario, pero ello debe entenderse teniendo en cuenta que muchas más personas acceden a la mediación cuando es una instancia obligatoria, como asimismo que esta diferencia de percepciones es también generalmente moderada.

Ahora bien, en cuanto a que la mediación previa y obligatoria sería una barrera de acceso a la justicia, existen diversas posiciones. Por ejemplo, en Inglaterra, en el caso *Halsey vs. Milton Keynes*, la Corte determinó que obligar a participar en una mediación a quienes realmente no tienen intención de participar en este tipo de mecanismos sería imponer una obstrucción inaceptable en su derecho de acceso a la Corte, contemplado en el Artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁰ Desde otro punto de vista, se ha argumentado que no existiría una negativa de acceso a la Corte, sino que solamente éste se vería retrasado.¹¹

8. QUEK (2010) p. 509.

9. VARGAS (2008) p. 196.

10. Court of Appeal, Civil Division, *Halsey -v- Milton Keynes*, 11 de mayo de 2004, «To oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to courts.» *General NHS Trust* [2004] EWCA 3006 Civ. 576. Disponible en: http://www.cedr.com/library/edr_law/Halsey_v_Milton_Keynes.pdf. [Fecha consulta: 28 de Julio de 2014].

11. WINSTON (1996) Disponible en: <https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=11+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+187&srctype=smi&srcid=3B15&key=a15b0f0685b5b8593bf9>

En el mismo sentido, un reciente fallo del Tribunal Constitucional chileno, resolviendo el requerimiento de inconstitucionalidad de los incisos 1° y 2° del artículo 43 de la Ley 19.966 sobre el Régimen de Garantías de Salud declaró la constitucionalidad del precepto que establece un trámite de mediación previa a la demanda en casos de daños en salud.¹² Entre otros argumentos, dicha magistratura señaló que la mediación previa no constituye una infracción al derecho de igualdad en el ejercicio de los derechos, pues el requisito de mediación previa no es arbitrario, toda vez que ésta cumple con el test de razonabilidad en cuanto a ser necesaria, adecuada y tolerable. Es necesaria, pues se trata de un procedimiento accesible y simplificado que está establecido en consideración a la parte más débil de la prestación de salud (pacientes). El Tribunal considera además que es adecuada, en tanto tiende a obtener una reparación por acuerdo entre las partes de una manera fácil y expedita. Por último, la diferencia sería tolerable, ya que no impide el acceso a la justicia, ni obstaculiza la reparación que se persigue, toda vez que las partes pueden concurrir a la justicia con posterioridad, de fracasar el proceso de mediación, durante el cual además se interrumpe la prescripción.¹³

Ahora bien, todo indica que utilizar la mediación obligatoria como un mecanismo para elevar el número de casos que acceden a este mecanismo, es claramente una herramienta efectiva. Es cierto que cuando se incorpora la instancia obligatoria el número de mediaciones aumenta. Por ejemplo, en Perú el Decreto Legislativo 1070 de 2008 reforzó la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial y las estadísticas muestran que ha habido un aumento sostenido de casos atendidos: el año 2001, 20.000 casos; el año 2011, 75.000 causas.¹⁴ Como se verá más adelante, este mismo efecto se produjo en Chile al incorporar la instancia obligatoria en materias de familia.

Sin embargo, en general la instancia de mediación y los acuerdos logrados a

6b68733001ab. [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2012].

12. Tribunal Constitucional, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 10 de julio de 2012, sentencia Rol 2042-11-INA. El recurrente alegó que la norma vulneraría el Artículo 19 numerales 2, 3, 24 y 26 de la Constitución.

13. Tribunal Constitucional, cit. nota n. 11, considerandos vigesimotercero al vigesimosexto.

14. PEÑAFIEL y TORRES (2012) Disponible en: http://www.cejamericas.org/concurso_ponencias_semecuador2012/ponenciaseleccionadas.html. [Fecha de consulta: 5 de abril de 2013].

través de estos mecanismos siguen teniendo un peso relativo menor en comparación a la solución jurisdiccional. Así, por ejemplo, en Colombia donde existe una decidida política pública de fomento de la conciliación (muy similar a la mediación), de los 2.700.000 procesos judiciales activos en 2012, sólo 70.000 son sometidos anualmente a un Centro de Conciliación.¹⁵

Finalmente, el impacto en cuanto a la descongestión de los tribunales es un aspecto que requiere una mirada cautelosa. Como ya se dijo, la mediación obligatoria tiene un efecto importante en elevar el número de casos que entran a esta instancia, pero también es cierto que no todos los casos llegan a acuerdo y por lo tanto el efecto se va relativizando. Por ejemplo, de acuerdo a las estadísticas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Ciudad de Buenos Aires, entre el año 1996 y 2009, de las mediaciones públicas realizadas, el 25% (n: 54.469) terminaron con acuerdo y el 43,18% (n: 93.101) terminaron sin acuerdo. Por su parte, el 16,02% (n: 34.556) concluyó por incomparecencia del requerido.¹⁶ Además, en todos aquellos casos en que existe incumplimiento del acuerdo hay una posibilidad de retorno al sistema de justicia.

Por último, cabe señalar que en el contexto regional, Argentina, Colombia, Perú y Uruguay contemplan leyes generales de mediación o conciliación de carácter previa y obligatoria en materias civiles. Bolivia, Panamá, México, Honduras, Ecuador y Costa Rica, por su parte, cuentan con leyes que incorporan de manera facultativa la mediación o conciliación en estas mismas materias.¹⁷

En este escenario y, antes de entrar en el análisis del comportamiento de la implementación de la mediación familiar previa y obligatoria en Chile, es conveniente tener en cuenta que el mecanismo de obligatoriedad tiende a incentivar el uso de la mediación, pero tiene limitaciones. Quizá la limitación más severa del mecanismo es que éste se ha utilizado casi exclusivamente para paliar los defectos del sistema de justicia tradicional, específicamente aquellos que se traducen en la congestión del despacho judicial. Así, la mediación y su obligatoriedad se incorpora de alguna manera dentro de la misma lógica del sistema tradicional. Ello explica además que para incentivar que las partes acudan a la instancia obligatoria, se han introducido incentivos que tienen consecuencias

15. ESGUERRA (2012) Disponible en: <http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/mediacion-y-resolucion-de-conflictos/estadisticas.aspx>. [Fecha consulta: 6 de junio de 2013].

16. Ver <http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/mediacion-y-resolucion-de-conflictos/estadisticas.aspx>. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2012].

17. MERA (2013) p. 375 – 433.

negativas para la parte que no asiste a la mediación en el ejercicio de una futura demanda, como por ejemplo, la imposibilidad de reconvenir.¹⁸

III. La mediación familiar en Chile.

1. De la voluntariedad a la obligatoriedad.

La incorporación de la mediación familiar en la ley 19.968 surge en el contexto de la Reforma a la Justicia de Familia impulsada por los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia a partir de mediados de los noventa. Hasta ese momento, la mediación era sólo parte de experiencias nacionales puntuales y no demasiado institucionalizadas, desarrolladas por algunos organismos públicos -como las corporaciones de asistencia judicial o la Dirección del Trabajo- y en menor medida por entidades privadas.

Tal como señala el Mensaje Presidencial con el cual se despachó el proyecto de ley al Congreso Nacional en el año 1997, uno de los objetivos específicos de esta nueva judicatura era la de proporcionar a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas.

*«El proyecto privilegia fuertemente las vías no controversiales de resolución de conflictos -tanto la mediación como la conciliación- apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar. Como ya se dijo, el procedimiento adversarial, hasta ahora predominante en nuestro ordenamiento, resulta inadecuado para resolver los conflictos familiares».*¹⁹

Las actas de la discusión parlamentaria de la Ley 19.968 dan cuenta de un amplio consenso respecto a las ventajas de implementar la mediación en sede familiar. Los temas de discusión se centraron principalmente en aspectos técnicos, como la conveniencia o inconveniencia de extender la mediación a los casos de violencia intrafamiliar y -en relación al tema que nos ocupa- si este proceso debía tener el carácter de obligatorio o facultativo.

En relación a este último punto, cabe señalar que el proyecto enviado por el Ejecutivo consagraba como materias de mediación obligatoria los casos de

18. En Perú y Argentina se ha introducido esta sanción con el objeto de aumentar la concurrencia a la mediación.

19. Mensaje Presidencial. Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia. Boletín 2818-18.

alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, lo que fue modificado en la discusión en el Senado. En efecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Alta rechazó la idea de una mediación obligatoria, porque se consideró que ello implicaría una demora en el procedimiento, tal como se observa de la siguiente cita:

*«Las personas que acudieran al tribunal, estarían condicionadas y además habría demora en la tramitación de la acción, representando por consiguiente la mediación obligatoria la posibilidad de trabas a la interposición de acciones o bien haría más engorrosa la tramitación en sí, especialmente tratándose de alimentos».*²⁰

Asimismo, se cuestionó si este mandato podría vulnerar el principio de la voluntariedad de la mediación toda vez que las partes estarían obligadas a concurrir a mediación. De este modo, la Ley 19.968 de 2004 reguló la mediación como una instancia voluntaria, a la cual las partes podían acudir sólo a través del tribunal.

Al poco andar los tribunales de familia evidenciaron graves síntomas de sobrecarga y colapso.²¹ Ello llevó al Ejecutivo a iniciar a mediados del año 2006 el estudio de modificaciones legales -conformando una comisión de expertos- con el fin de dotar de mayor celeridad a los procedimientos y dar así cumplimiento a las promesas de rapidez y agilidad realizadas.

Una de las razones esgrimidas para explicar el colapso de esta nueva judicatura fue el carácter voluntario de la mediación familiar y en consecuencia el bajo impacto en la descongestión de los tribunales, tal como señala el Mensaje Presidencial con que se envía el proyecto de reforma a la ley de tribunales de familia, a saber:

«El no establecimiento de la mediación como obligatoria en determinadas materias junto a otros desaciertos tales como la comparecencia sin asistencia judicial y la carencia de filtros en la admisión de demandas sumados a las altas expectativas que la población tenía en el nuevo sistema produjeron a poco andar una altísima congestión en los tribunales de familia, a un punto tal que las

20. Historia de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf>. [Fecha de consulta: 2 de noviembre de 2012].

21. CASAS et al (2006) Disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-04-03.3112897324/informe_tribunalesdeFamiliaUDP_Final.pdf. [Fecha de consulta: 15 de abril de 2012].

virtudes y avances que el nuevo sistema establece se han visto, en sus primeros meses de funcionamiento, en gran parte opacadas.»²²

Así, dejando de lado los cuestionamientos iniciales y con la presión del colapso judicial, en el 2008 se promulga la Ley 20.286 que modifica aspectos orgánicos y procedimentales de la normativa anterior, entre ellos el carácter voluntario de la mediación familiar, transformando este mecanismo en una exigencia previa antes de iniciar un proceso judicial para las mismas tres materias específicas consideradas en el proyecto original: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

2. Alcances de la mediación previa y obligatoria consagrada en la Ley 19.968.

Desde una perspectiva procesal, la exigencia de mediación previa y obligatoria constituye un requisito de procesabilidad de la acción, pues la solicitud de mediación se requiere como condición previa para acudir a la justicia de familia. Si no cumplen con este requisito, la demanda no será admitida a tramitación.

A nuestro juicio, la obligatoriedad de la mediación establecida por la Ley 20.286 se ha traducido en una exigencia de carácter más bien formal, esto es, que el futuro demandante -principal o reconvenicional- deba solicitar un proceso de mediación antes de entrar al juicio. En efecto, de acuerdo al artículo 111 si la persona que fue citada a una mediación previa y obligatoria no concurre dos veces sin justificar su inasistencia, el solicitante o futuro demandante recibirá el certificado de mediación frustrada que le permitirá iniciar una acción judicial.

En el ámbito de la práctica privada de la mediación se observan interpretaciones que incluso reducen aún más el significado de esta supuesta obligatoriedad de la mediación familiar.²³ Así, conforme a la información recabada y la experiencia profesional del equipo investigador, se pudo detectar que algunos abogados y mediadores interpretan que si las partes no tienen una real volun-

22. Mensaje Presidencial, cit. nota n. 18.

23. El servicio de mediación obligatoria gratuita está a cargo de mediadores inscritos en el Registro Nacional de Mediadores del Ministerio de Justicia que son remunerados por el estado y seleccionados mediante licitación pública. Las personas que no cumplen los requisitos para acceder al servicio gratuito deben contratar a un mediador privado inscrito en el Registro Nacional de Mediadores y pagar sus honorarios.

tad de participar en una mediación, basta que el solicitante (o su abogado) pida la mediación e inmediatamente después manifieste que se desiste de la solicitud para que -sin siquiera citar a la otra parte- se emita el certificado de mediación frustrada. Es decir, el trámite se cumple con la sola solicitud de mediación, pero declinándola en forma inmediata.

Esta percepción, confirmada por la abogada Daniela Horvitz en una charla realizada ante el Colegio de Abogados en agosto de 2010, ha sido avalada por jueces de familia que -al conocer presentaciones de personas demandadas que no fueron citadas a mediación- han admitido el desistimiento de la mediación de la parte solicitante sin siquiera citar al solicitado.²⁴

Como consecuencia de lo anterior, pudimos verificar que en la práctica privada de mediación coloquialmente se distinguen dos tipos de profesionales: los ‘mediadores para mediar’ y los ‘mediadores para frustrar’. A los primeros se acude en aquellos casos en que las partes tienen un real interés de participar en un proceso de mediación y explorar posibles acuerdos. En cambio, a los segundos, se recurre cuando no existe tal interés y se quiere frustrar rápidamente la mediación para luego interponer la demanda, es decir, cumplir el trámite.

En este sentido, un abogado litigante manifestó:

«Yo tomo contacto directamente con algún mediador y en algunos casos particulares sabemos quienes pueden hacer una gestión rápida, cuando no hay ninguna oportunidad de mediar y sólo buscas que rápidamente emitan un certificado. Y otros casos en que tú crees que se pueda arreglar y te interesa someter a mediación con el fin propio de ésta».

Abogado litigante, Región Metropolitana

Así, al no contemplarse además de la exigencia formal otros incentivos, puede suceder (o está sucediendo) que la mediación -salvo los casos en que existe una genuina voluntad de mediar- pase a ser considerada como un trámite o un «paso» más, como un mero requisito de entrada a la justicia de familia.²⁵

Para evitar este riesgo, consideramos indispensable fortalecer la difusión de este mecanismo y propiciar -al menos- un encuentro de las partes con el mediador a objeto de que una vez informadas debidamente de las características y ventajas del proceso, ellas puedan tomar una decisión sobre si participar o no.

3. La «voz» de los datos

24. HORVITZ (2010), en Charla Colegio de Abogados, 3 de agosto de 2010.

25. Sobre este punto ver notas 13 y 15 sobre la regulación en Argentina y Perú.

Tal como ha ocurrido en la experiencia comparada, la exigencia de mediación previa y obligatoria ha impactado enormemente en el número de casos ingresados al sistema de mediación. Conforme a las estadísticas del Ministerio de Justicia, en el período enero-mayo del año 2009 (con mediación voluntaria) fueron derivados a mediación 5.772 causas a nivel nacional, mientras que en el mismo periodo del año 2010 (con mediación previa en todo Chile) ingresaron 77.661 causas.²⁶ Es decir, casi 15 veces más de lo derivado en un escenario de voluntariedad.

Según datos recientes del Ministerio de Justicia, desde la incorporación de la mediación previa y obligatoria (1° de Junio de 2009) al 31 de mayo de 2012, es decir, a tres años de su incorporación a nivel nacional, se registran 538.264 causas ingresadas a mediación, tal como se aprecia del siguiente cuadro:²⁷

(INSERTAR TABLA Nº1 ADJUNTADA)

Si bien estas cifras dan cuenta de un alto número de casos ingresados al sistema, parece necesario analizar con detalle la composición de ellas en relación a las distintas situaciones que se presentan respecto del conocimiento de los usuarios con la mediación como proceso.

Como se puede apreciar, en un 62.49 % de las causas ingresadas a mediación los usuarios han tenido acercamiento directo con el sistema, lo que corresponde a causas en proceso o en que se han llegado a acuerdo y aquellas que se han frustrado con una o más sesiones. Sin embargo, un 37.51% de las causas se frustran sin sesiones de mediación, es decir, sin haberse desarrollado siquiera una reunión entre las partes.

Llama la atención que esta cifra -muy superior a la experiencia de media-

26. «Implementación de la Mediación Familiar Previa en Chile», ponencia presentada en el Congreso Internacional Mediación y resolución colaborativa de conflictos. Un aporte a la cohesión social (23 y 24 de junio de 2010). Disponible en: http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Upload/SPDocs/EST_12.pdf. [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2012]. Las estadísticas se llevan con un sistema -SIMEF- diseñado para la gestión del pago de los casos por el MINJU por lo que no es propiamente un programa estadístico. Además el MINJU detectó que algunos mediadores licitados separaban los acuerdos en dos o más casos para efectos del pago.

27. MINISTERIO DE JUSTICIA. Informe estadístico a nivel nacional. Sistema Informático de Mediación Familiar (SIMEF). Período 01 de junio de 2009 al 31 de mayo de 2012. Disponible en: www.minjusticia.cl. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2012].

ción obligatoria en Argentina²⁸- ha ido un aumento. En efecto, de acuerdo al mismo informe estadístico del Ministerio de Justicia correspondiente al período 2009-2011 el número de causas frustradas sin sesión era de 34.54%.²⁹ A nuestro juicio, estos datos constituyen una luz de alerta respecto a la posibilidad de que la mediación se vaya transformando paulatinamente sólo en un trámite más.

Ahora bien, respecto del logro de acuerdos, éstos llegan a 41.27% si se considera el universo total de causas ingresadas al sistema (esto es, incluyendo las frustradas sin sesión). El siguiente cuadro ilustra esta información:

(INSERTAR TABLA N°2 ADJUNTADA)

Ahora bien, si se considera sólo el universo de causas mediadas (es decir, procesos con una o más sesiones realizadas), el porcentaje de acuerdos aumenta a un 67.24%, tal como se observa en el siguiente cuadro:

(INSERTAR TABLA N°3 ADJUNTADA)

IV. Funcionamiento de la mediación familiar previa en Chile y sus resultados.

A la luz de estas cifras y, cualquiera sea el universo que se tome como base, es innegable el efecto de descongestión judicial que produce la mediación obligatoria. Un importante volumen de potenciales causas no entran al sistema porque se resuelven mediante un acuerdo en mediación, objetivo perseguido por la reforma de 2008.

Pero además de la descongestión, consideramos que es un avance en términos de difusión del sistema y de las posibilidades de mayor incorporación de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos en la cultura del país.

Con todo, si bien el uso de la obligatoriedad puede ser una herramienta útil para incentivar el uso de la mediación, creemos que ella no debe concebirse exclusivamente como un medio para resolver los problemas de sobrecarga y congestión judicial, pues ese no es su objetivo. Estos problemas deberían solucionarse con una mejor 'gestión' judicial y no la introducción de mecanismos alternativos que lo que hacen es desviar la atención del problema de fondo y desvirtúan el sentido original de la mediación y otras fórmulas, esto es, am-

28. Ver nota 15 sobre número de casos que concluyeron por incomparecencia del requerido en la experiencia Argentina.

29. CORREA *et al* (2011) p. 1 – 41.

pliar la oferta de tutela jurisdiccional.

Por otro lado, es necesario no dejar de lado un aspecto de vital relevancia como lo es el cumplimiento de los acuerdos. Si bien en la actualidad no hay información estadística concluyente sobre el particular, en los últimos años han surgido voces de alerta respecto de una alta tasa de eventuales reingresos de causas al sistema judicial en la fase de cumplimiento.³⁰ En efecto, en la investigación exploratoria llevada adelante durante el año 2011, la sustentabilidad de los acuerdos fue fuertemente cuestionada por los jueces de familia entrevistados. La mayoría de los cuales sostuvo que han aumentado las gestiones de cumplimiento de acuerdos obtenidos en mediación:

Así, un juez de familia señaló:

«Sí, he podido constatar que el estado de cumplimiento de los acuerdos en mediación es altamente menor que el cumplimiento de los acuerdos en conciliación».

Juez de familia, V Región

Por otra parte, también llama la atención que el Ministerio de Justicia haya debido implementar un instructivo denominado «Bloqueo de causas» para evitar que los acuerdos se modifiquen dentro de cierto plazo o se ingresen nuevos casos de mediación entre las mismas partes. Lo señalado por la Jefa de la Unidad de Mediación -entrevistada para el mismo estudio- resulta ilustrativo en este punto: «(este sistema de bloqueo) evita el ingreso de las mismas partes por las mismas materias alertando así de acuerdos poco duraderos».³¹

A nuestro juicio, el problema de la calidad de los procesos de mediación y la sustentabilidad de los acuerdos tiene directa relación con tres aspectos claves en los cuales el sistema de mediación familiar chileno resulta defectuoso: (a) formación y desempeño de los mediadores; (b) modelo de provisión de los servicios de mediación y (c) sistema de pagos de los servicios de mediación licitada.

Revisaremos cada uno de ellos a continuación.

a. Formación y desempeño de los mediadores.

Existe un amplio consenso que la formación del mediador es uno de los elementos centrales para el desarrollo adecuado de proceso de mediación. En el caso chileno, este aspecto se encuentra regulado por Reglamento de la Ley 19.968, el cual sólo establece el número de horas de formación que deben

30. CORREA *et al* (2011) p. 1 – 41.

31. CORREA *et al* (2011) p. 1 – 41.

cumplir los profesionales para ser inscritos en un registro que para estos efectos lleva el Ministerio de Justicia: el Registro Nacional de Mediadores.³²

Allí se establece como requisitos para ser inscrito contar con una profesión de origen de, al menos, ocho semestres y con una formación especializada en mediación familiar de 180 horas teóricas y 40 de práctica efectiva (pasantía), impartida por instituciones de educación superior del Estado o reconocidas por el Estado.³³ Nada se dice sobre la modalidad de los cursos (por ejemplo si deben ser presenciales o no) ni sobre los contenidos mínimos del plan de estudios, sólo se señala que 80 horas deben estar referidas al proceso de mediación.

En la práctica, se observa una gran variedad en los contenidos de los programas, en el tiempo que se destinan a cada uno de ellos y en las modalidades en que se imparten estos cursos de formación, llegando incluso a ofrecerse programas con un porcentaje importante de horas no presenciales o a distancia. También hemos constatado que la exigencia de horas de práctica efectiva que impone la ley se entiende cumplida de muy distintas maneras. Algunos mediadores señalan que sus pasantías han consistido en ejercicios de *rol-playing*, otros han observado procesos de mediación, ya sea *in situ* o a través de videos, sin que hayan tenido la posibilidad de participar y conducir –desde luego en forma paulatina y bajo supervisión de un profesor- en proceso de mediación con casos reales, tal como exige la naturaleza de una práctica profesional.

En sintonía con lo anterior, algunos estudios han arrojado datos preocupantes sobre el desempeño de los mediadores en aspectos que aparecen estrechamente relacionados con la calidad de su formación. En el estudio ejecutado por TNS-the sixth sense of Business de 2011, disponible en la página web del Ministerio de Justicia, aparecen signos que llaman la atención, por ejemplo, en relación con el respeto al principio de voluntariedad de la mediación; casos en que no fue el mismo mediador quien guió el proceso y, un punto que no podemos pasar por alto, un 34% de los entrevistados sintió que el mediador

32. Resolución Exenta N° 2933 de 28 de octubre de 2009 que actualiza convocatoria de postulación al registro de mediadores, aprueba bases y formulario de postulación delega facultades que indica y deroga resolución exenta de justicia N° 3084 del año 2005.

33. Decreto Supremo N° 763 que aprueba reglamento de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia y deroga el decreto 957 que aprueba normas reglamentarias necesarias para la ejecución de la ley 19.968 de fecha 14 de noviembre de 2008.

impuso la solución.³⁴

Por su parte, las conclusiones del estudio realizado por el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa (CEAL) de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso muestran también indicios de problemas graves en materia de formación de los mediadores, tal como se observa en la siguiente transcripción:

*«Los resultados de la auditoría son consistentes en la identificación de un nudo problemático en la calidad de los procesos de mediación familiar, asociado a la falencia de intervenciones especializadas para movilizar el conflicto como fenómeno interaccional en sus diversos aspectos. Esto se evidencia en la baja evaluación que reciben la gran mayoría de las competencias profesionales del mediador vinculadas a destrezas para modificar la comunicación en forma constructiva y generar diálogo entre las partes, para favorecer la participación igualitaria y los procesos de protagonismo –responsabilización como para gestionar técnicamente la etapa de resolución en la mediación».*³⁵

En este contexto, implementar medidas para mejorar la formación de los mediadores familiares resulta indispensable. Creemos que una buena fórmula para avanzar sería la creación de un sistema de acreditación de programas de formación de mediadores inter pares que valide y certifique la calidad de los planes de estudios en base a ciertos estándares mínimos. Especialmente relevante parece establecer criterios respecto de la forma en que se lleva a cabo la práctica efectiva, la cual creemos debiera tender a ser por casos y no por horas. Además, se debiera incentivar la formación continua de los mediadores, tema en el que el Ministerio de Justicia estaría trabajando en la actualidad.³⁶

b. Modelo de provisión de los servicios de mediación familiar.

El mecanismo para proveer los servicios de mediación es otro factor que, a nuestro juicio, incide en la calidad del proceso. Conforme a la regulación

34. Estudio «Aplicación y análisis encuesta de satisfacción de usuarios y usuarias del sistema de mediación familiar» ejecutado por TNS-the sixth sense of Business (enero de 2011), cuya muestra a nivel nacional estuvo constituida por 1.303 casos que habiendo llegado a un acuerdo total hubieren ingresado al sistema entre el primero de junio de 2009 y el primero de marzo de 2010.

35. Auditoría Externa para la Evaluación de la Calidad de los Procesos de Mediación Familiar, Informe Final definitivo Disponible en: <http://www.mediaciónchile.cl/portal-2012-03-22-18-01-11> [Fecha de consulta 26 mayo 2013].

36. Según han señalado en diversas intervenciones públicas los profesionales de la Unidad de Mediación de la División Judicial del Ministerio de Justicia.

vigente, el Ministerio de Justicia debe velar por la existencia de una oferta adecuada de mediación en todo el país.

Así, conforme a la legislación vigente, los servicios de mediación previa pueden ser proveídos por profesionales asociados al sistema licitado que administra el Ministerio de Justicia, los que pueden ofrecer sus servicios en forma individual o agrupados en centros de mediación (en adelante, nos referiremos a ellos como mediadores licitados) o bien, por profesionales que prestan servicios en forma particular, esto es, los denominados mediadores privados.

El sistema licitado encuentra su origen en el artículo 114 de la Ley de Tribunales de Familia que establece la obligación del Ministerio de Justicia de contratar a personas naturales o jurídicas mediante el procedimiento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos, debiendo velar asimismo por una adecuada oferta. Los mediadores licitados son profesionales externos al Poder Judicial previamente seleccionados vía licitación pública. La Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia es la entidad encargada de fijar las bases de licitación, seleccionar a los profesionales que participan en los procesos licitatorios, supervisar y fiscalizar sus servicios y realizar las gestiones tendientes al pago de los honorarios de estos profesionales, entre otras funciones.³⁷

Por su parte, los mediadores privados ejercen libremente la profesión y no están sometidos a la supervisión del Ministerio de Justicia. En la página *web* de dicha repartición se define a los centros de mediación privados como «aquellos que prestan los servicios de mediación familiar contra pago de honorarios» y pueden requerir sus servicios tanto personas que no tengan acceso a mediación familiar gratuita como aquellas que, teniendo derecho a la gratuidad, prefieren acceder a un centro de mediación privado.³⁸

De este modo, podemos decir que en nuestro sistema se observan dos tipos

37. A la fecha se han realizado 2 procesos licitatorios, el primero de ellos en el año 2005 y el segundo en el 2008. Disponible en: http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Upload/SPDocs/EST_11.pdf. [Fecha consulta: 28 de mayo de 2011]. Durante este año se realizará el tercer proceso licitatorio, cuyas bases fueron publicadas con fecha 20 de agosto de 2011. Resolución 188, Ministerio de Justicia Disponible en: http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Sitio/documentos/pdf/Bases_Mediacion_version_final_Res_188_29_de_agosto_de_2011.pdf. [Fecha consulta: 5 de octubre de 2011].

38. Disponible en: http://www.mediacionchile.cl/minjuspubl/sitio/documentos/pdf/Centros_de_Mediación_Privados_pagina_p4.pdf. [Fecha consulta: 23 de octubre de 2011].

de prácticas de mediación, la privada y la licitada, que funcionan en paralelo y, cuya diferencia radica en el sistema de pagos asociados a cada una de ellas. En el caso de la mediación licitada, el servicio es gratuito para los usuarios que poseen un ingreso familiar inferior a \$ 884.961.- (ochocientos ochenta y cuatro mil novecientos sesenta y un pesos) *per cápita* y que no se encuentran en alguna de las otras situaciones de vulnerabilidad de socioeconómicas previstas en el Decreto 2308 de 2009.³⁹

Los usuarios que no califiquen para mediación gratuita deben acudir a profesionales que prestan servicios en forma particular, siempre y cuando se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Mediadores. Sus servicios son costeados por las partes de común acuerdo con el mediador, sin embargo, los honorarios profesionales no pueden exceder en ningún caso el arancel fijado por el Ministerio de Justicia para estos efectos, cuyo monto asciende a la suma de \$ 74.000.- (setenta y cuatro mil pesos) por cada sesión realizada durante el proceso de mediación.⁴⁰

Aunque no existen estudios que lo comprueben, los mediadores licitados conducen gran parte de los procesos de mediación familiar previa, lo que se explica porque el umbral de gratuidad fijado por la legislación vigente es relativamente alto.⁴¹

39. Decreto Nº 2308 que fija clasificación socioeconómica y factores adicionales para la gratuidad de los servicios de mediación familiar de fecha 16 de junio de 2009. Este decreto fija en el décimo decil de la encuesta CASEN 2006, esto es, \$ 884.961.- (ochocientos ochenta y cuatro mil novecientos sesenta y un pesos) el monto de ingreso *per cápita* para tener derecho a mediación gratuita junto con otras causales de vulnerabilidad socioeconómica tales como encontrarse cesante, ser beneficiario de ciertos subsidios y programas sociales, ser adulto mayor, pertenecer a una etnia indígena, haber sido víctima de violencia intrafamiliar entre otras. Este decreto sólo se aplica a las materias de mediación previa.

40. Decreto Supremo 763 que aprueba reglamento de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia y deroga el decreto 957 que aprueba normas reglamentarias necesarias para la ejecución de la ley 19.968 de fecha 14 de noviembre de 2008. Este decreto, entre otros aspectos, establece que el arancel al cual los mediadores deben ajustar su remuneración será determinado anualmente por el Ministerio de Justicia mediante un decreto. Ello, fue regulado por el Decreto Supremo Exento 215 de enero 2012 que fija nuevo arancel máximo que podrán percibir los mediadores inscritos en el Registro Nacional de Mediadores de la ley 19.968.

41. En efecto, si una persona tiene ingresos superiores a \$ 884.961.- *per cápita* de-

A diferencia de lo que ocurre con la Defensoría Penal Pública, otro modelo de licitación pública implementado con ocasión de reformas judiciales, el sistema de mediación familiar es totalmente privado y no se contempló la provisión de servicios por vía institucional, con el fin –entre otros- de dar cobertura en aquellos lugares en que no hubiere una oferta suficiente y adecuada. Este sistema mixto de prestación de servicios permite además comparar los niveles de desempeño de profesionales institucionales y licitados (privados) y determinar estándares de calidad de los servicios.⁴²

Llama la atención la decisión tomada por el Ejecutivo en este punto, pues al momento de definir el sistema a aplicar existía un núcleo de mediadores familiares con larga experiencia y vasta formación provenientes de los centros de mediación de las corporaciones de asistencia judicial, quienes podrían haber asumido esta función por vía institucional.⁴³ Muchos de ellos participaron en experiencias piloto previas a la dictación de la ley de Tribunales de Familia, experiencias que tenían por objetivo precisamente evaluar la aplicación futura de la mediación.

Por las consideraciones anteriores, creemos que el sistema de provisión de servicios de mediación gratuita existente –a cargo sólo de mediadores licitados- no es el modelo más adecuado, ya que puede obligar al Estado contratar a profesionales que no tengan suficiente experiencia para asumir el desafío de trabajar con familias en crisis, sólo con el fin de asegurar la cobertura del servicio a nivel nacional.

c. Sistema de pagos de los servicios de mediación licitada.

Por último, el diseño normativo de la Ley 19.968 aparece como otro importante problema del sistema que, si bien el Ministerio de Justicia ha intentado morigerar en las últimas bases de licitación, a nuestro juicio se mantiene y afecta la calidad de los procesos de mediación. Nos referimos al sistema de pago por los servicios, el cual está directamente ligado a la obtención de acuerdos por «materias» derivadas a mediación.

biera acudir a un mediador privado.

42. Para mayor información véase: http://www.defensoriapenal.cl/licitaciones_defensa/descripcion.php. [Fecha consulta: 10 de noviembre de 2011].

43. Cabe señalar que en la actualidad casi un 17% de las causas ingresadas a mediación son derivadas por las corporaciones de asistencia judicial. Ministerio de Justicia, Informe estadístico a nivel nacional. Sistema informático de Mediación familiar (SIMEF) Período 01 de junio de 2009 al 31 de mayo 2012.

La remuneración de los mediadores licitados es regulada en las bases del proceso de licitación correspondiente. Por Resolución N° 188 de Agosto de 2011, el Ministerio de Justicia introdujo modificaciones a éstas contemplándose en la actualidad los siguientes pagos: a) Pago base por causa ingresada al centro de mediación, b) Pago por causa terminada con acuerdo: aquella en que el acta de mediación ha sido aprobada íntegramente por el juez, lo que debe estar debidamente acreditado, bastando que el acuerdo se haya alcanzado en una de las materias derivadas o ingresadas a mediación, c) Pago por causa en trámite: aquella en que se ha realizado al menos una sesión con asistencia de ambas partes y d) Pago extraordinario por materia adicional mediada con acuerdo: aquella que procede en casos por derivación en los que se llega a acuerdo en todas las materias derivadas, pero las partes además llegan a un acuerdo en una materia adicional.⁴⁴

Como se sabe, en mediación se trabaja con conflictos interpersonales que se pueden expresar de diversas formas y no con materias en un sentido estricto, como se clasifican los casos en el lenguaje judicial. Consideramos que un diseño como el descrito que vincula la «mediabilidad» de los conflictos a materias específicas catalogadas en forma rígida incita a los mediadores a tratar la o las materias derivadas como si fueran compartimentos estancos que corren por carriles separados, impidiendo trabajar en forma integral el conflicto familiar. Si a ello se suma que una estructura de pagos que premia el acuerdo no cabe duda que incentiva a tratar el conflicto familiar en forma separada (por materia) y a reducir la duración de los procesos, limitando las posibilidades de una intervención de mediación adecuada.

Sobre este punto dos estudios muestran que un importante número de los procesos de mediación familiar del sistema licitado terminan en una sesión y que éstas mayoritariamente tendrían una duración de entre media y una hora.⁴⁵ A nuestro juicio, lo anterior empobrece de sobremanera el proceso

44. Resolución N° 188 de Agosto de 2011 del Ministerio de Justicia que aprueba las Bases de Licitación Pública y sus anexos.

45. Los estudios son los siguientes: (a) «Auditoría Externa para la Evaluación de la Calidad de los Procesos de Mediación Familiar», Informe Final definitivo Disponible en: <http://www.mediaciónchile.cl/portal-2012-03-22-18-01-11> [Fecha de consulta 26 mayo 2013]. p. 39 y 40 y (b) «Contratación de una auditoría para la evaluación del registro de mediadores familiares» Disponible en: <http://www.mediaciónchile.cl>. [Fecha consulta: 5 de octubre de 2011].

de mediación y reduce su campo de acción tanto desde el punto de vista del contenido como de su duración, afectando la calidad de los procesos y de los acuerdos que se obtienen.

Distinto es el sistema de pagos en el campo de la mediación privada, donde los mediadores -según lo establece el decreto que fija el arancel máximo- cobran por sesión de mediación. Conforme a lo señalado en entrevistas realizadas a mediadores privados, los procesos de mediación menos complejos tienen una duración promedio de 3 sesiones y los más complejos de 5 o 6 sesiones.⁴⁶ Todo indica que estos mediadores se dan el tiempo necesario para trabajar los casos en un enfoque más completo del conflicto y no basado en la tipología de materias, antes descrita.

IV. Conclusiones

La mediación familiar previa y obligatoria es una realidad en nuestro medio y, al menos en el mediano plazo, no se avizoran intentos de cambios en la materia. Por ello resulta fundamental estudiar los resultados obtenidos por esta política pública que se aplica desde ya hace varios años y aportar al debate con propuestas de mejoras.

Luego de lo revisado en las páginas anteriores, hemos constatado que la mediación previa y obligatoria incentiva su uso, ingresando de esta forma más casos al sistema, lo que se observa tanto en experiencias comparadas como en nuestro país en materia de familia. En efecto, en el caso chileno las estadísticas del Ministerio de Justicia muestran un enorme incremento en el número de causas ingresadas luego de la entrada en vigencia de la Ley 20.286 que estableció la mediación obligatoria.

Si bien la obligatoriedad tiende a incentivar el uso de la mediación, es claro que la definición de esta opción presenta reparos importantes toda vez que se ha enfocado en paliar los defectos del sistema de justicia, concretamente en aquellos problemas de congestión de los tribunales en que se ha visto la obligatoriedad de la mediación como una solución concreta.

Por otra parte, resulta preocupante el alto porcentaje de causas en que las partes habiendo sido derivadas a un proceso de mediación no tienen un acercamiento directo con el proceso (causas frustradas con 0 sesiones), lo que corresponde a casi un 40% del total de los casos. Decimos que resulta preocupante

46. CORREA *et al* (2011) p. 1 – 41.

porque ello podría ser indiciario de algún nivel de desconfianza por parte de los usuarios, ya que se trata de un sistema que aun no termina de instalarse y validarse como un medio de resolución de conflictos en la población. Ello, a nuestro juicio, da cuenta de la necesidad de reforzar y mejorar la difusión de la mediación para conflictos familiares.

No obstante, el logro de acuerdos es un dato positivo toda vez que alcanza a un 67.24% del total de causas efectivamente mediadas, es decir, aquellas en que las partes y el mediador tuvieron la oportunidad de conocerse y dialogar. Cambian los datos si se toma como universo el total de causas ingresadas, donde el porcentaje de acuerdos alcanza al 41,27%.

Ahora bien, si bien la descongestión en el ingreso de causas a tribunales se ha producido y existe una tasa de acuerdos de casos mediados razonable, existe la percepción –según lo que pudimos recabar a través de entrevistas a jueces de familia y otros actores del sistema- que dicha congestión se ha trasladado a la fase de cumplimiento de los acuerdos, ya que se trataría de convenios muy precarios que terminan judicializándose. Se trata, como decimos de percepciones, pues no hay datos estadísticos sobre el reingreso de causas por incumplimiento, ya sea de acuerdos en mediación u otras formas de término.

Consideramos que el incumplimiento de los acuerdos da cuenta de problemas de calidad de los procesos de mediación efectuados, problemas que, entre otros aspectos, encuentran su origen en la formación y desempeño de los mediadores. La actual exigencia para ser parte del registro sólo establece número de horas, prescindiendo de la definición de contenidos mínimos del plan de estudios, ni de la modalidad del proceso de enseñanza aprendizaje.

Por otra parte, el modelo de provisión de los servicios de mediación también contribuye al déficit de calidad de los procesos. En efecto, conforme a la legislación vigente, el Estado tiene la obligación de asegurar servicios de mediación en todo el país, lo que en situaciones extremas puede llevar a elegir a personas con escasa experiencia en mediación con el fin de dar cobertura en ciertas zonas geográficas.

Consideramos que el actual modelo no parece ser el más adecuado, ya que coarta al Estado restringiendo la elección de profesionales con mayor experiencia con el fin de asegurar la cobertura a nivel nacional. Desde esa perspectiva, creemos que debiera evaluarse la posibilidad de transitar hacia un modelo de provisión de servicios de carácter mixto, con mediadores licitados y otros «institucionales», de modo de asegurar no solo la cobertura sino que también la calidad de los servicios.

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

Creemos que es imprescindible hacerse cargo de todos estos aspectos, puesto que la legitimidad del sistema implementado depende no sólo de sus posibilidades de ofrecer un servicio alternativo a la vía judicial -y con ello absorber parte importante de la demanda- sino que del cumplimiento de las exigencias propias del proceso de mediación que permita la comunicación entre las partes, el logro de acuerdos -si se dan las condiciones para ello- y la perdurabilidad de éstos.

Creemos fundamental visibilizar la mediación como un modelo que da respuestas que van más allá de la descongestión de los tribunales (solo para desjudicializar) y posesionarla en el sistema actual desde los objetivos que efectivamente cumplen los sistemas de resolución alternativa de conflictos.

Referencias

- CASAS, Lidia *et al.* *El funcionamiento de los nuevos tribunales de familia: resultados de una investigación*. Disponible en: http://www.bcn.cl/carpetas_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-04-03.3112897324/informe_tribunalesdeFamiliaUDP_Final.pdf. [Fecha de consulta: 15 de abril de 2012].
- CORREA *et al.* *Mediación familiar previa: una mirada a dos años de su implementación*, documento inédito, noviembre 2011.
- ESGUERRA, Juan Carlos. *20 años del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia*. Disponible en: <http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/mediacion-y-resolucion-de-conflictos/estadisticas.aspx>. [Fecha consulta: 6 de junio de 2013].
- MERA, Alejandra, *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas. Informe Final*. En *Aportes para un dialogo sobre el acceso a la justicia y reforma*

- civil en América Latina*. Santiago de Chile: Ediciones Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013. pp. 375 – 433.
- PEÑAFIEL, Rocío y TORRES, Jorge. *Balance de la implementación extrajudicial en el Perú 2001 – 2011*. Disponible en: http://www.cejamericas.org/concurso_ponencias_semecuator2012/ponenciaseleccionadas.html. [Fecha consulta: 5 de abril de 2013].
- QUEK, Dorcas. *Mandatory mediation: An oxymoron? Examining the feasibility of implementing a Court-mandated mediation program*. En *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. Yeshiva University, Benjamin N. Cardozo School of Law. Volume 11, Nº 2, 2010. New York: Ediciones Benjamin N. Cardozo School of Law, 2010. pp. 479 – 509.
- SUARES, Marínés. *Mediando en Sistemas Familiares*. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 2002. 416 p.
- VARGAS, Macarena. *Mediación Obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación*. En *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Vol. XXI, Nº2, diciembre, 2008. Valdivia: Ediciones Universidad Austral de Chile, 2008. pp. 183 – 202.
- WISSELER, Roselle. *The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts*. En *Willamette Law Review*. Willamette University. Vol 33, 1997. Salem: Ediciones Willamette University, 1997. p. 565.
- WINSTON, David. *Participation standards in mandatory mediation statutes: «You can lead a horse to water...»*. En *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. The Ohio State University. Vol. 11, Nº 1, 1996. Ohio: Ediciones The Ohio State University, 1996. pp. 187 – 206.

Jurisprudencia Citada

- Pamela Bahamondes Moreno (2012): Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2012 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Sentencia Rol 2042-11-INA.
- Halsey con Keynes (2004). Court of Appeal, Civil Division, 11 de mayo de 2004. «To oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to courts. General NHS Trust [2004] EWCA 3006 Civ. 576. Disponible en: http://www.cedr.com/library/edr_law/Halsey_v_Milton_Keynes.pdf [Fecha de Consulta: 28 de Julio de 2014].

Documentos y estudios

Implementación de la Mediación Familiar Previa en Chile. Ponencia presentada en el Congreso Internacional Mediación y resolución colaborativa de conflictos. Un aporte a la cohesión social. Disponible en: http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Upload/SPDocs/EST_12.pdf. [Fecha de Consulta: 28 de julio de 2014].

Informe estadístico a nivel nacional. Sistema Informático de Mediación Familiar (SIMEF), Período 01 de junio de 2009 al 31 de mayo de 2012, Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/portal/2012-03-13-15-00-32/estadisticas?download=162:info-estadistica-nacional> [Fecha de Consulta: 28 de julio de 2014].

Estudio «Aplicación y análisis encuesta de satisfacción de usuarios y usuarias del sistema de mediación familiar» ejecutado por TNS-the sixth sense of Business (enero de 2011).

Auditoría Externa para la Evaluación de la Calidad de los Procesos de Mediación Familiar, Informe Final definitivo. Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl>. [Fecha de Consulta: 28 de julio de 2014].

Resolución N° 188 de Agosto de 2011 del Ministerio de Justicia que aprueba las Bases de Licitación Pública y sus anexos. Disponible en: http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Destacados/Bases_Aprobadas/Juridica/Res_188.PDF [Fecha de Consulta: 28 de julio de 2014].

Contratación de una auditoría para la evaluación del registro de mediadores familiares. Disponible en: <http://www.mediacionchile.clportal>. [Fecha de Consulta: 26 de mayo de 2013].

Legislación

Mensaje Presidencial. Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia. Boletín 2818-18.

Decreto Supremo N° 763 que aprueba reglamento de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia y deroga el decreto 957 que aprueba normas reglamentarias necesarias para la ejecución de la ley 19.968 de fecha 14 de noviembre de 2008.

Decreto N° 2308 que fija clasificación socioeconómica y factores adicionales para la gratuidad de los servicios de mediación familiar de fecha 16 de junio de 2009.

Decreto Supremo 763 que aprueba reglamento de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia y deroga el decreto 957 que aprueba normas regla-

mentarias necesarias para la ejecución de la ley 19.968 de fecha 14 de noviembre de 2008.

Decreto Supremo Exento 3459 que fija nuevo arancel máximo que podrán percibir los mediadores inscritos en el Registro Nacional de Mediadores de la ley 19.968 de fecha 18 de junio de 2010.

Ley 23 de 1991 denominada «Ley que crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales» de 21 de marzo de 1991, Colombia.

Ley 446 de 1998, o «Ley sobre Descongestión, Acceso y Eficiencia en la Justicia» de 8 de julio de 1998, Colombia.

Ley 24.573 de Mediación y Conciliación, promulgada el 25 de octubre de 1995, Argentina.

Páginas web

http://www.defensoriapenal.cl/licitaciones_defensa/descripcion.php.

<http://www.mediacionchile.cl/>.

