

## La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile

*Mandatory Family Mediation: A Critical Point of View of the Chilean Regulation and Operation*

ALEJANDRO PAREDES ZIEBALLE\*  
*Universidad Austral de Chile*

RECEPCIÓN: 20/06/2012 • ACEPTACIÓN: 26/10/2012

**RESUMEN** Como una forma de descongestionar los tribunales de familia, la Ley 20.286 establece en Chile, entre otras medidas, la mediación obligatoria previa a la interposición de la demanda en determinadas materias de familia. Esta investigación contempla un estudio de la mediación como una forma alternativa de resolución de conflictos en derecho de familia desde diversas perspectivas y pretende efectuar un análisis crítico del mecanismo de mediación obligatoria en nuestra legislación.

**PALABRAS CLAVE** Mediación, mediación familiar, mediación obligatoria.

**ABSTRACT** As a way of clearing the courts of family, the Law Number 20.286 establishes in Chile, between other measures, the obligatory mediation before the interposition of the demand in certain matters of family. This investigation contemplates a study of the mediation as an alternative form of resolution of conflicts in family right from diverse perspectives and

---

\* Abogado. Candidato a Magíster en Derecho Público de la Universidad Austral de Chile. E-mail: seremi14@minjusticia.cl.

tries to effect a critical analysis of the incorporation of the mechanism of previous obligatory mediation in our country.

**KEYWORDS** Mediation, family mediation, obligatory mediation.

## Introducción

El desarrollo de la sociedad contemporánea ha generado diversos efectos en nuestro sistema de administración de justicia, como el aumento de litigios en diferentes materias y la modernización de los procedimientos existentes en diversos tribunales, los que, además de ser capaces de asumir este aumento de ingresos, deben responder a las exigencias de un justo y racional proceso, propio de una sociedad democrática.

Nuestro país no ha estado ajeno a este fenómeno y en los últimos diez años ha efectuado una serie de reformas procesales en diversas áreas del derecho, entre ellas, la reforma al procedimiento de familia mediante la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, la que estableció un sistema oral y concentrado, el que unido a la entrada en vigencia de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil, que incorporó el divorcio vincular, significó un cambio radical en la forma de hacer justicia en esta área del derecho. La implementación de la Ley 19.968, sin embargo, no tuvo los resultados esperados, fundamentalmente por el nivel de congestión que presentaron muchos tribunales de familia en el país, ante lo cual se dictó la Ley 20.286 que, entre otras medidas, incorporó de forma obligatoria la mediación en determinadas materias<sup>1</sup>. La incorporación de esta vía alternativa de solución de conflictos suscitó el interés y entusiasmo de gran parte de la doctrina nacional, que vio en ella una vía más expedita de acceso a la justicia y una forma de descongestionar los tribunales<sup>2</sup>. Sin embargo, su regulación de forma obligatoria, previa a la interposición de la demanda y las deficiencias que ha presentado su implementación, merecen un análisis más exhaustivo.

La presente investigación efectúa un análisis crítico de la mediación familiar obligatoria, desde diversas perspectivas, con el objeto final de efectuar un aporte en un área que no se ha abordado suficientemente por la doctrina na-

---

1. La Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia entró en vigencia para todo el país el 01 de octubre del año 2005, mientras la Ley 19.947 entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004.

2. HENRÍQUEZ *et al.* (2006); VARGAS (2008), entre otros.

cional, lo cual resulta necesario a más de dos años de su incorporación a nuestra justicia de familia. Determinar si esta institución ha cumplido los objetivos propuestos, identificar las falencias que ha presentado y si su implementación ha significado un límite a una adecuada tutela judicial, constituyen aspectos a tratar, para lo cual efectuaremos un estudio de esta institución desde un punto de vista histórico, comparado y en base a las estadísticas, estudios y cifras existentes desde su puesta en marcha, veremos si en la práctica ha cumplido con los fines para los cuales fue regulada.

## **1. La mediación, una forma alternativa de resolución de conflictos**

### **1.1. ¿Por qué surgen las vías alternativas de resolución de conflictos?**

La función de administrar justicia es una de las más importantes del Estado moderno, ella corresponde tradicionalmente al Poder Judicial, mediante tribunales establecidos en forma permanente para resolver controversias jurídicas<sup>3</sup>. De esta forma, el Estado interviene en la resolución de conflictos, lo que generalmente se traduce en un procedimiento que concluye con una sentencia que resuelve la controversia. Sin embargo, nuestra sociedad actual, dinámica y compleja, donde se ha multiplicado el tráfico jurídico, con el consecuente aumento de la carga de trabajo que tienen los tribunales, así como el alto costo económico que significa que una causa judicial concluya en una sentencia, han motivado la búsqueda de vías alternativas.

La naturaleza social del hombre y su vida en comunidad, desde tiempos pretéritos generó conflictos, los que motivaron el nacimiento de distintas vías de solución como la autotutela, la autocomposición y, en sociedades más evolucionadas, el proceso judicial. Así las cosas, ante conflictos de orden jurídico o donde existían derechos involucrados, eran los procesos seguidos ante los tribunales de justicia el medio para obtener una solución. Sin embargo, el reconocimiento de mayores derechos y la toma de conciencia por parte de la población, de la existencia y posibilidad de exigencia de tales derechos, han incrementado la cantidad de conflictos que llegan a judicializarse entre las perso-

---

3. En Chile, la Constitución Política de la República indica en su artículo 76 (capítulo VI sobre el Poder Judicial), que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

nas, y la potestad jurisdiccional se transformó en poco accesible, debiendo las partes invertir recursos económicos en ella, criticada además por su lentitud e ineficacia, lo que supuso buscar otras opciones.

Aunque el auge en la utilización de las formas alternativas de resolución de conflictos o ADR (*Alternative Dispute Resolution*) se produce en los Estados Unidos de Norteamérica, especialmente en los años sesenta y setenta del siglo pasado<sup>4</sup>, su estudio ha despertado actualmente el interés de parte de la doctrina nacional, especialmente con las reformas a los procedimientos de familia y, próximamente, en materia civil, donde vías alternativas, como la conciliación y la mediación, han sido incorporadas en derecho comparado.

Quienes promueven estas vías alternativas, señalan fundamentalmente tres tipos de motivaciones:

a) Mayor acceso a la justicia. Indican que estos sistemas representarían una vía más expedita que los tribunales, los que en muchas ocasiones cuentan con procedimientos engorrosos y caros, lo cual constituye un obstáculo, en especial, para sectores más vulnerables, los que en muchas situaciones no pueden resolver una serie de conflictos derivando estos en situaciones violentas.

b) Descongestión de los tribunales. Las vías alternativas de resolución de conflictos son un mecanismo eficiente en la descongestión de los tribunales de justicia, los que comúnmente se encuentran con una alta carga de trabajo con la que deben lidiar a costa de aumentar los tiempos en la tramitación de una causa y generalmente elevar los costos. Señalan, también, que en aquellas controversias donde no hay interés de la sociedad y son sólo de interés particular, estos mecanismos debieran ser la primera opción. Estas vías serían más veloces, baratas y cercanas a la gente.

c) Mejor calidad de las decisiones. Lo que se debe a la directa participación de las partes en la resolución de su controversia, como ocurre en un sistema cooperativo, como la mediación, lo cual, además, facilita el establecer relaciones permanentes entre las partes, quienes son parte activa en la solución de su conflictos y no son afectadas por una resolución impuesta de un tercero<sup>5</sup>.

d) Por último se destaca a estas vías alternativas como especialmente eficientes en la solución de algunos conflictos de menor entidad y donde la justicia tradicional se muestra especialmente ineficiente<sup>6</sup>.

---

4. BORDALÍ (2004) p. 166.

5. VARGAS (2002) p. 2 y ss.

6. BORDALÍ (2004) p. 179 y ss.

Sin embargo, estas vías alternativas han sido criticadas por parte de la doctrina, la que, entre otras críticas, indica que no debieran ser aplicadas a materias no disponibles para las partes, que no cuentan con las garantías que tiene un proceso judicial y que podrían significar un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial o derecho a la acción, contemplado en el artículo 19 número 3 inciso primero de la Constitución Política de la República, así como, en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile<sup>7</sup>.

En efecto, ante las dificultades que se pudieran advertir en cuanto al funcionamiento, agilidad, congestión en el funcionamiento de los tribunales de justicia, debiera ser alternativa primeramente viable el mejoramiento del propio sistema, y como mecanismo subsidiario y a requerimiento de las partes involucradas, la posibilidad de recurrir a un modo alternativo. Si, por ejemplo, una persona que debe pagar pensión de alimentos es citada a un proceso de mediación, donde la alternativa en caso de frustrarse dicha sesión es un sistema judicial lento y engorroso, claramente su interés en asistir y llegar a un acuerdo es mínimo, lo que en definitiva facilita que el sistema no funcione adecuadamente; así las expectativas en quienes acuden a mediación no se satisfacen suficientemente, lo que en definitiva se traduce en que esta vía alternativa se desprestigie. Al contrario, si el sistema judicial es eficiente, quienes son citados a mediación asistirán a él como una forma de obtener un resultado más favorable a sus pretensiones, con lo cual el sistema se valida como alternativa<sup>8</sup>.

---

7. BORDALÍ (2004) p. 176 y ss.

8. Un ejemplo de cómo los sistemas alternativos de resolución de conflictos funcionan mejor, cuando el sistema judicial es eficiente, lo podemos apreciar en Chile con la implementación gradual, a partir del 31 de marzo del año 2008 en algunas regiones del país, de la reforma en justicia laboral, donde se instauró un procedimiento altamente eficiente, con procedimientos exigentes, especialmente para el empleador, e incorporando un sistema de asistencia gratuita para la mayoría de los trabajadores, prestado por la Corporación de Asistencia Judicial. Previo a demandar los trabajadores acuden a la Dirección del Trabajo donde se cita a una audiencia de conciliación, la que en el caso de no prosperar, permite a los trabajadores acudir a los tribunales. Pues bien, la eficiencia del sistema judicial en materia laboral, entre otros factores, han significado una mejora en la eficiencia de estas conciliaciones. Así lo demuestran estadísticas con que cuenta la Dirección del Trabajo, en su página web [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl) [visitado el 20/03/2012], en las que se aprecia cómo en los últimos años los montos obtenidos por los trabajadores mediante la conciliación han aumentado considerablemente.

No es posible desconocer las ventajas con que cuenta la jurisdicción ante un conflicto entre partes, como la gratuidad, pues en principio recurrir a vías alternativas como el arbitraje supone pagar dichos servicios, o contar con asesoría jurídica fuera del ámbito judicial también implica satisfacer de manera personal dichos costos. Incluso podríamos afirmar como ventaja del sistema judicial que el juez puede encontrar un mejor resultado para un conflicto entre partes, en tanto cuenta con los antecedentes probatorios apropiados para resolver, lo que en definitiva permite resguardar los derechos de los intervinientes.

En cuanto a los conflictos de menor entidad, donde las vías alternativas serían el mecanismo más idóneo para resolverlos, sin duda nos lleva a preguntarnos cómo se realizaría ese reparto de competencias y de qué forma se garantizarían los derechos de las partes en aquellas causas, cuestiones que no parecen tan claras y que deben ser resueltas previamente<sup>9</sup>.

Si la utilización de estos métodos alternativos de solución de conflictos genera algunas críticas, que se apliquen de forma obligatoria es, sin duda, un tema que merece una especial atención, el que esta investigación tratará especialmente respecto a la mediación.

## 1.2. Concepto de mediación

Entre los diversos mecanismos alternativos que buscan la solución de conflictos entre partes, surge el concepto de la mediación, la que consiste en un proceso en el cual un tercero ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada, que permita de ser necesario la continuidad de las relaciones. En la llegada a este acuerdo los participantes deben negociar una solución. Como lo define John Haynes, «el proceso de mediación es la conducción de las negociaciones de otras personas, y el mediador es el director de las negociaciones, quien organiza la discusión de los puntos a resolver»<sup>10</sup>.

La doctrina nacional ha definido la mediación como aquel proceso de resolución de disputas en el cual un tercero neutral, llamado mediador, facilita la comunicación y negociación entre las partes para que éstas logren llegar a

---

Así, en el año 2007 alcanzó a \$ 13.155.048, el año 2008 a \$ 19.600.111, el 2009 a \$25.692.050, alcanzando el año 2010 a \$ 26.756.901.

9. BORDALÍ (2004) p.179 y ss.

10. HAYNES (2000) p. 11.

un acuerdo voluntario y mutuamente aceptable que ponga fin a la disputa<sup>11</sup>. La mediación es una técnica de resolución de conflictos que tiende a lograr un acuerdo sobre la base de los intereses reales de las personas, quienes mantienen el poder de decisión en tanto son ellas, y no un tercero, quienes elaboran la solución para su caso.

La mediación ha sido aplicada en diversas áreas del derecho como una forma de resolver conflictos en materia civil, laboral e incluso en materia penal. Entre sus virtudes la doctrina destaca, entre otros aspectos, el fomentar la participación activa de las partes en la búsqueda de soluciones, fortalecer los vínculos entre ellas y mejorar la convivencia futura<sup>12</sup>. Nuestro legislador la ha incorporado decididamente en materia de familia, generando un amplio debate sobre su utilidad, eficiencia y características.

En lo que se refiere al derecho de familia, la doctrina coincide en la existencia de ciertos principios que inspiran esta institución, como la voluntariedad, igualdad, confidencialidad, interés superior del niño, etcétera<sup>13</sup>. Salvo la voluntariedad, que será tratada a propósito de la mediación obligatoria, los demás principios no se analizarán por exceder las pretensiones de este trabajo, pero sí merecen ser enunciados con el objeto de precisar ciertos aspectos propios de la institución en estudio<sup>14</sup>.

### 1.3. Análisis comparado

Interesante resulta analizar cómo se ha incorporado la mediación en diversos ordenamientos jurídicos y la evolución que ha tenido esta institución. La mediación familiar, en su forma actual, aparece en Estados Unidos durante los años sesenta y setenta. Particularmente relevante en este punto fue la Conferencia Nacional sobre las Causas de Insatisfacción Popular con la Adminis-

---

11. NÚÑEZ (2009) p. 138.

12. GÓMEZ (1999) p. 391 y 392; TURNER (2002) p. 437 y ss.

13. HENRÍQUEZ *et al.* (2006) p. 42 y ss; BARONA (2011) p. 208. Además ver página web del Ministerio de Justicia de Chile, en materia de mediación [[http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Sitio/pub\\_principios.aspx](http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Sitio/pub_principios.aspx)] [visitado el 20/03/2012].

14. Por su parte, nuestro legislador establece, en el artículo 105 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, que son principios de la mediación y que el mediador deberá velar por que se cumplan, la igualdad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, interés superior del niño y la consideración de terceros, los que explica brevemente.

tración de Justicia en 1976 en Minnesota, la que buscaba formas más rápidas y baratas de resolver conflictos. En Europa llega después y, como indica el profesor Bryan Clark, los avances de la mediación familiar ocurrieron de forma separada en los distintos países y en distintas épocas, siendo más rápida su implementación en Inglaterra que en Europa continental<sup>15</sup>.

De una forma u otra se practica desde entonces en distintos países europeos, pero sólo hasta bien entrados los años noventa la mediación fue regulada legalmente. Hasta ahora sólo Inglaterra y Francia han culminado una regulación con cierto detalle de la mediación familiar<sup>16</sup>, aunque su práctica ha adquirido ya un cierto arraigo en diversos países, por ejemplo, Alemania, Países Bajos o Noruega. En España, la mediación familiar comienza a utilizarse en los juzgados a fines de los años noventa<sup>17</sup>, siempre de forma voluntaria. Actualmente se han producido grandes avances, lo que se debe en gran medida al interés de la Comunidad Europea en promover procesos de mediación en toda Europa, no sólo en materia familia, sino también en otras áreas, como en materia laboral, comercial y comunitaria<sup>18</sup>.

En países donde la mediación tiene un desarrollo mayor, como Estados Unidos y Canadá, se implementa en algunos casos la obligatoriedad, lo que responde al mayor conocimiento que la sociedad tiene de este mecanismo<sup>19</sup>. En nuestro país, sin embargo, se intentó aplicar de forma obligatoria un sistema de mediación, que a la luz de los resultados del sistema de mediación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.286, permiten concluir que no era conocida por la gran mayoría de la población y fue poco utilizada en la práctica.

En general, en los países de Europa se fomenta el uso voluntario de la mediación en el ámbito familiar, como ocurre en Francia y Suiza, y en algunos países el tribunal puede derivar obligatoriamente a las partes a una primera sesión de mediación, como en Finlandia, Malta, República Checa, y algunos

---

15. Ministerio de Justicia (2011) p. 32.

16. PÉREZ (2005) p. 146-149.

17. LASHERAS (2007) p. 43-65.

18. NÚÑEZ (2009) p. 25 y ss.

19. En Estados Unidos, la mediación surge como un mecanismo esencialmente voluntario de resolución de conflictos. En las últimas décadas se ha institucionalizado el *mandatory mediation* que supone la existencia de programas que establecen la obligatoriedad de la mediación familiar con carácter previo al sometimiento de la cuestión a la autoridad judicial. Cfr. NÚÑEZ (2009) p. 60.

Landern alemanes; mientras que en otros países se favorece su uso, o se opta por la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa sobre los efectos de la ruptura en los hijos para iniciar una acción legal, como en Reino Unido<sup>20</sup>.

La Unión Europea ha fomentado, en los últimos años la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos en materia de familia, pero respetando el principio de voluntariedad, como lo indica la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa N° R (98) I, de 21 de enero de 1998 a los Estados miembros, sobre la mediación familiar, que insta a los gobiernos de los Estados miembros a instituir la o, en su caso, a vigorizar la que ya tienen, indicando que la mediación no debe, en principio, ser obligatoria, aunque no excluye esta posibilidad<sup>21</sup>. La recomendación intenta estimular el uso de la mediación; no persigue cambiar la legislación de los países integrantes, sino más bien facilitar su relación con los procesos judiciales y fomentar su utilización como una forma alternativa de resolución de conflictos<sup>22</sup>.

Si bien en Europa existen variadas formas de implementar la mediación y diversas materias a las cuales se aplica, en distintos países existen básicamente dos sistemas de mediación. El primero de carácter conciliador, que se centra en el conflicto en sí mismo, en los objetivos, buscando una solución rápida al mismo. El segundo es un modelo más relacional y si bien busca resolver las disputas, ése no es el asunto más importante, dado que busca establecer relaciones más permanentes, en beneficio por ejemplo de los hijos<sup>23</sup>.

En Latinoamérica la mediación ha sido incorporada en diversos ordenamientos, siendo uno de los pioneros el argentino, que comenzó con programas de mediación a fines de la década de los ochenta. Luego la han incorporado

---

20. Ministerio de Justicia (2011) p. 33 y ss. En el año 1996 se aprobó en Inglaterra una ley de familia en la que se fomentó la mediación, estableciendo que aquellas parejas que quieran recibir fondos estatales para asistencia jurídica deben asistir a una sesión informativa sobre mediación.

21. Diversos Estados europeos han regulado la mediación familiar inspirados en la Recomendación del Comité de Ministros. Cataluña, por ejemplo, lo hizo mediante la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar, que en su artículo 11 referido a la voluntariedad, como una de sus características indica que la mediación familiar está basada en el principio de voluntariedad, según el cual las partes no solamente son libres de acogerse o no a la mediación, sino también de desistir en cualquier momento.

22. PÉREZ (2005) p. 142 y 143.

23. Ministerio de Justicia (2011) p. 37.

Brasil, Ecuador y Paraguay. La legislación argentina, en la Provincia de Buenos Aires, excluye la posibilidad de mediar obligatoriamente en materias relativas a la patria potestad, indicando expresamente que sólo es posible respecto de las cuestiones patrimoniales<sup>24</sup>. Esta idea descansa en el concepto de lo que está disponible, dejando entonces reservada la mediación obligatoria al aspecto patrimonial, como sería regular el monto de la pensión de alimentos.

Los párrafos anteriores nos permiten concluir que la mediación se ha incorporado en diversas legislaciones del mundo occidental en distintas materias y de distinta forma, siendo la voluntariedad uno de sus principios fundamentales. Sólo en aquellos países donde la mediación ya ha transitado por un largo camino y, por ende, es más conocida por la población se comienzan a incorporar en los últimos años sistemas de mediación obligatoria, como ha ocurrido en Estados Unidos.

## 2. La mediación en materia de familia en Chile

### 2.1. Incorporación de la mediación en nuestro país

En Chile, el movimiento en torno a los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos y mediación en particular comienza a desarrollarse en forma muy paulatina en los últimos quince años<sup>25</sup>, fundamentalmente en materia procesal civil con la incorporación de la conciliación obligatoria como parte de los juicios civiles en que sea admisible la transacción, salvo algunas excepciones<sup>26</sup>.

---

24. La Ley 24.573 de Mediación y Conciliación de Buenos Aires indica en su artículo 2: «El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos... 2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador».

25. VARGAS *et al.* (2008) p. 16.

26. En materia procesal civil, a modo de ejemplo, podemos mencionar la incorporación de la conciliación, regulada en los artículos 262 al 268 del Código de Procedimiento Civil, mediante la Ley 19.334, publicada el 7 de octubre de 1994. El artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, indica: «En todo juicio civil en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313,

La implementación de la mediación en nuestra legislación de familia obedece a la entrada en vigencia de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil<sup>27</sup>, que incorpora la mediación en materia de familia, cuya finalidad es recomponer el vínculo matrimonial y sólo cuando ello no sea posible se hará cargo de regular los temas que surgen como consecuencia de la ruptura<sup>28</sup>. Luego la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, en su Título V trata de la mediación familiar, definiendo a la mediación en su artículo 103 como aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos. Esta Ley establecía la posibilidad de recurrir a la mediación sólo si las partes lo solicitaban o lo aceptaban a propuesta del juez, es decir, procedía la mediación una vez ingresada la demanda. De la definición legal antes señalada, así como de las demás normas regulatorias se pueden extraer las principales características, como la voluntariedad, imparcialidad, igualdad, confidencialidad, etc. Características que coinciden con aquellas que la doctrina ha identificado tradicionalmente como propias de la institución.

La regulación de la mediación en los cuerpos normativos antes señalados, como se indicó más arriba, motivó un gran entusiasmo por parte de la doctrina nacional, que veía en ella una forma efectiva de resolver las controversias jurídicas familiares. Sin embargo, si analizamos los resultados, éstos no respondieron a las expectativas creadas y sólo un porcentaje minoritario de las causas ingresadas a los tribunales de familia fueron resueltas por esta vía<sup>29</sup>. Así

---

el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases del arreglo».

27. Previo a la publicación de la Ley de Matrimonio Civil, se implementaron Centros de Mediación en materias de familia en la Corporación de Asistencia Judicial de Santiago y de Valparaíso en el año 1996 con el objeto de reunir antecedentes y experiencias sobre esta forma de resolución de conflictos. Con el mismo objeto, en 1997, el Ministerio de Justicia creó un programa piloto de mediación familiar denominado «Programa de Resolución de Conflictos anexo a tribunales».

28. El artículo 71, inciso primero de esta Ley, indicaba que el juez ordenará llevar a cabo un proceso de mediación si ambos cónyuges lo solicitaren. En todo caso, no procederá mediación en relación a las causales de nulidad. Los artículos 71 al 79 de la Ley 19.947, de Matrimonio Civil, que regulaban la mediación, fueron suprimidos por el artículo 2 N° 6 de la Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008.

29. Congreso Nacional (2012) p. 12 y ss. Durante la discusión, los representantes

las cosas, luego de algunos meses de aplicación de la mediación en materia de familia, establecida en la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, debió modificarse, incorporándose en nuestra justicia de familia, mediante la Ley 20.286, la mediación obligatoria, previa al proceso judicial.

## 2.2. La mediación en la ley 20.286

Como una respuesta al alto nivel de congestión existente en los tribunales de familia en Chile, fundamentalmente luego de la entrada en vigencia de la Ley 19.968<sup>30</sup>, que estableció un cambio en los procedimientos de familia, se dictó la Ley 20.286, la que buscó resolver la gran carga de trabajo existente en ese momento en los tribunales de justicia, derivada del alto número de ingresos existentes, los que sin duda superaron las expectativas del legislador con la puesta en marcha de la Ley 19.968<sup>31</sup>.

La Ley 20.286 incorpora una serie de reformas orgánicas destinadas a resolver dicha situación, entre ellas, el aumento del número de jueces y funcionarios del Poder Judicial, y otras de orden procedimental, como la asistencia de abogado obligatoria y un control de admisibilidad de las demandas. Se establece, además, un sistema de mediación familiar, la que se permite en algunos casos y se prohíbe en otros, y se incorpora la mediación obligatoria previa a la interposición de la demanda en determinadas materias de familia, entre las

---

del ejecutivo indicaban que la mediación se había planteado inicialmente como enteramente voluntaria, circunstancia que unida al desconocimiento de las personas acerca de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, había dado lugar a que menos del 1% del total de causas ingresadas fuera sometida a mediación, muy lejos del 20% pronosticado.

30. El Mensaje Presidencial de la Ley 20.286 señala como fundamento del proyecto las deficiencias en la implementación de la Ley 19.968. Congreso Nacional (2012) p. 5 y ss.

31. El alto nivel de ingresos de causas que generó esta Ley se ha explicado, entre otros motivos, por la falta de un trámite de admisibilidad que permitiera hacer un filtro de los ingresos y disminuir el número de audiencias, la facultad de comparecer sin patrocinio de abogado lo que muchas veces prolongaba las audiencias por las explicaciones que los jueces debían efectuar a los usuarios y la falta de un adecuado sistema de cumplimiento; lo que unido a una inexistente gradualidad en su implementación, que impidió atender de forma eficaz los problemas que su implementación generaba, provocó una alta congestión en muchos tribunales de familia de nuestro país.

que se incluye el derecho de alimentos, el cuidado personal y la relación directa y regular<sup>32</sup>.

En cuanto a la mediación esta ley establece que los acuerdos alcanzados ante un mediador, si son aprobados por el juez, tienen el mismo valor jurídico que una sentencia. Si las partes no llegan a acuerdo, la mediación se frustra y se retoma el curso normal del juicio. Como se deduce de lo antes mencionado, una vez logrado el acuerdo, el mediador debe presentarlo al juez para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho.

El sistema de mediación que establece esta Ley incorpora su administración por el Ministerio de Justicia, la creación de un Registro de Mediadores, la creación de un sistema de mediación licitada encargada de prestar sus servicios de forma gratuita para quienes no puedan financiar un mediador y uno de sus aspectos más controvertidos, la mediación previa obligatoria al juicio en materia de alimentos, relación directa y regular, y cuidado personal<sup>33</sup>.

Además de incorporar este método alternativo de resolución de conflictos, la Ley 20.286 estableció un sistema mixto de prestación de la mediación, donde se regula un sistema gratuito, mientras que excepcionalmente podrá cobrarse por el servicio. Así el Ministerio de Justicia implementó un sistema de mediadores licitados, quienes tienen a cargo la prestación de este servicio gratuito a los sectores de menores ingresos, y un sistema de mediadores privados, donde éstos, cumpliendo ciertos requisitos, se inscriben y pueden actuar como mediadores en los demás casos, donde son pagados por los intervinientes en la mediación.

---

32. El actual artículo 106 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia indica que «las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se registrará por las normas de esta ley y su reglamento».

33. La administración del sistema de mediación se encuentra radicada en la Unidad de Mediación, dependiente de la División Judicial del Ministerio de Justicia, creada por resolución 15 del año 2006. El Registro de Mediadores se encuentra regulado por el Decreto Supremo 763 del 14 de noviembre de 2008 y la Resolución Exenta 2933 del 29 de octubre de 2009 que se refieren a la manera como se incorporan los profesionales de dicho registro. Además, mediante el Decreto 904 del 18 de febrero de 2009, el cual regula las Bases Tipo de licitación de los centros de mediación, así como, otros aspectos del proceso de licitación.

La mediación en Chile comenzó a regir en forma progresiva, implementándose a partir del 15 de junio de 2009 en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Copiapó, de Coquimbo, del Libertador Bernardo O'Higgins, Araucanía, de los Ríos, de Aysén, de Magallanes y la Antártica Chilena. Desde de 15 de septiembre de 2009 en las regiones de Valparaíso, del Maule, del Bio Bio y de Los Lagos. Por último, en la Región Metropolitana esta reforma entro en vigencia el 15 de diciembre de 2009.

La incorporación de la mediación obligatoria generó un cambio significativo en nuestro sistema de justicia de familia, en el cual intervienen diversas instituciones las que han debido colaborar en su adecuado funcionamiento. Por ejemplo, de acuerdo a estadísticas del Ministerio de Justicia, desde su implementación hasta agosto de 2011, de 379.262 causas que han sido mediadas, un 39,52% fueron derivadas desde los tribunales de justicia, un 18,97% de la Corporación de Asistencia Judicial y un 40,37 % responde a ingreso espontáneo o directo a los centros de mediación licitados.

Para los usuarios significó la incorporación de un trámite previo a acceder a los tribunales, con las consecuencias que veremos más adelante, derivadas especialmente de su carácter obligatorio.

### 2.3. Obligatoriedad de la mediación

Uno de los principios que ha caracterizado a la mediación desde sus orígenes es la voluntariedad, en virtud del cual las partes, por su propia voluntad, deciden someterse a un proceso de mediación familiar, con el fin de buscar juntos una solución a sus conflictos de familia. Este principio se manifiesta, además, en que las partes son partícipes del proceso, elaborando sus propias soluciones y con la posibilidad de retirarse de la mediación en cualquier momento<sup>34</sup>.

John Haynes, profesor norteamericano que ha investigado profundamente sobre los métodos alternativos de solución de conflictos en general y sobre la mediación en particular, hace una crítica al sistema adversarial obligatorio, pues indica que «una vez que los disputantes están de acuerdo en que hay un problema del que son parte, y que deben resolver, habrán de decidir cuál sea el método y el ámbito apropiado para ello... De hecho, cada vez más la mediación es la alternativa elegida, y no sólo eso sino que, por ejemplo, en materias familiares, los tribunales norteamericanos están usando la mediación como un

---

34. HENRÍQUEZ *et al.* (2006) p. 42.

escenario alternativo a la sala del tribunal para ayudar a la familias a resolver sus problemas»<sup>35</sup>.

Siguiendo conceptos elaborados por este mismo autor, éste destaca los beneficios de la mediación en general, que sería más barata, pues sólo interviene un profesional, y más rápida. En ocasiones se ha destacado el supuesto bajo costo de la mediación como sistema en general, pero no es posible desconocer los mecanismos jurídicos y administrativos existentes en los Estados, así como también en nuestro sistema jurídico, encaminados a garantizar atención y servicios jurídicos gratuitos a quienes no pueden proveérselos por sí mismos. Lo que se complementa en el antecedente que recurrir a un tribunal, o someter a la decisión de un juez un tema controvertido no tiene costo para la parte.

Es probablemente en esta materia, en el derecho de familia, en que la mediación debiera ser voluntaria, dada la naturaleza de los hechos involucrados. Hay consenso en la literatura especializada de que la participación libre y voluntaria de las personas es uno de los principios rectores del proceso de mediación. Nadie puede ser compelido a participar en una mediación, ni menos a llegar a acuerdos<sup>36</sup>. Sin embargo, en la práctica se ha demostrado, en la experiencia chilena, que la mediación voluntaria no ha resultado del todo exitosa, dado que las personas prefieren resolver sus controversias en un tribunal<sup>37</sup>.

Por otra parte, en derecho comparado también han surgido críticas de autoras feministas, como Trina Grillo, quienes indican que este modelo sería perjudicial para las mujeres, dado que, en general, los hombres tienen más experiencia en la negociación, por lo general, tienen más acceso a recursos financieros y les resulta más fácil desprenderse de los intereses de sus hijos. Por su parte, las mujeres relacionan más comúnmente al de su familia y perciben menos ingresos, lo que genera un desequilibrio, el que sería avalado por el Estado al establecer un sistema de mediación obligatoria<sup>38</sup>.

Quienes argumentan a favor de la mediación obligatoria entienden que el tradicional principio de la voluntariedad no se contrapone con el carácter obli-

---

35. HAYNES (2000) p. 12.

36. VARGAS (2008) p. 191.

37. Estadísticas del Ministerio de Justicia indican, a modo de ejemplo, que en abril del año 2009, es decir antes de la vigencia de la Ley 20.286, siendo voluntaria la mediación, ingresaron 4.567 causas; mientras que en abril de 2010, con la mediación obligatoria, ingresaron 61.027, es decir, el ingreso aumentó en un 1336%.

38. Ministerio de Justicia (2011) p. 38.

gatorio incorporado en la Ley 20.286, dado que este principio se manifestaría en el hecho de que las partes pueden retirarse voluntariamente del proceso de mediación. Sin embargo, parece preocupante el hecho de que los usuarios puedan confundir la obligatoriedad de efectuar la mediación con una supuesta obligatoriedad de llegar a acuerdos, lo que quedó de manifiesto con los resultados de la encuesta de satisfacción de usuarios encargada por el Ministerio de Justicia durante el año 2010, donde en materia de información entregada por el mediador a los usuarios, el aspecto más débil fue aquel en que se les informaba a los usuarios sobre la posibilidad de abandonar el proceso de mediación en cualquier momento, donde sólo un 64,7% de los encuestados señaló haber recibido dicha información<sup>39</sup>. En el mismo instrumento antes señalado, cuando se pregunta a los usuarios acerca del respeto a los principios de la mediación, indican al de voluntariedad como uno de los peores evaluados, con nota 6,1, además, un 34,4% indica creer que el mediador le impuso la solución, lo que a todas luces expresa una vulneración a este principio<sup>40</sup>. En el mismo sentido, una encuesta aplicada durante el año 2011, en que se solicitó a los usuarios calificar con nota de 1,0 a 7,0 la información entregada por el mediador respecto a la posibilidad de abandonar el proceso de mediación, éstos evaluaron con nota 5,4 a los mediadores respecto a este punto, siendo el promedio más bajo de todos los aspectos evaluados respecto a la información entregada por los mediadores<sup>41</sup>.

Sin embargo, parece oponerse a la propia naturaleza y origen conceptual de la mediación el que este sistema se implemente como obligatorio, en especial cuando se trata de un método alternativo de resolución de conflictos que no logró consolidarse en materia de familia, antes que entrara en vigencia la Ley 20.286, siendo utilizado muy excepcionalmente. De acuerdo a los datos proporcionados por el Ministerio de Justicia, durante el año 2006 se derivaron a mediación desde los Tribunales de Familia un 2,9% de las causas, advirtiéndose un leve aumento en el 2007 (5,7%)<sup>42</sup>.

---

39. Ministerio de Justicia (2012) p. 19. Documento preparado para la Subsecretaría de Justicia en enero de 2011.

40. La escala de notas utilizada en esta medición es de uno a siete, siendo el siete la mejor calificación.

41. Ministerio de Justicia (2012) p. 156. Documento preparado para la Subsecretaría de Justicia en diciembre de 2011.

42. Ministerio de Justicia (2012) p.14. Documento preparado en Santiago, año 2007.

Actualmente, con un sistema de mediación obligatoria vigente más de dos años en nuestro país, el 33% de los usuarios manifiesta que la mediación no representa la solución de su conflicto y en una escala de 1,0 a 7,0, califican con un 5,2 la respuesta a las expectativas que tenían antes de iniciar su proceso de mediación, lo que nos invita a analizar alguna de las dificultades que ha presentado su aplicación en nuestro país<sup>43</sup>.

## 2.4. Dificultades en su aplicación

La mediación concebida en los términos arriba indicados, ha presentado una serie de inconvenientes que resulta preciso atender a la hora de evaluar el resultado que ha tenido su aplicación en Chile, muchos de los cuales han suscitado críticas al sistema de mediación obligatoria en nuestro país.

### 2.4.1 *Obstáculo al acceso a la justicia*

Sin perjuicio de la existencia de variadas concepciones, cuando hablamos de acceso a la justicia, nos referimos a la posibilidad que tiene un ciudadano para acudir a los tribunales de justicia con el fin de pedir tutela ante la vulneración de un derecho, lo que doctrinariamente se conoce como el derecho a la acción, o a la tutela judicial.

En nuestro país, este derecho tiene una confusa consagración constitucional, la que ha suscitado un amplio debate doctrinal, estimando la mayoría, que se encuentra contemplado en el artículo 19 N°3 de la Constitución, en su inciso primero, el que asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos<sup>44</sup>, sin perjuicio de su consagración en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.

---

43. Ministerio de Justicia (2012) p. 310 y ss. El informe reúne, además, sugerencias que los usuarios realizan con el objeto de mejorar el sistema de mediación, entre ellas destacan la de mejorar los niveles de imparcialidad de los mediadores, mejorar tanto en cantidad como en calidad la información referida a los centros de mediación, y realizar mayor fiscalización o seguimiento al proceso.

44. SOTO (1998) p. 273 y ss; BORDALÍ (2000) p. 81 y ss; BORDALÍ (2011) p. 311 y ss. Este último artículo concluye que el Tribunal Constitucional poco a poco ha ido consolidando una doctrina que deja en clara evidencia que el derecho a la tutela judicial, como derecho fundamental de todas las personas, sí tiene cabida en nuestra Constitución, con un carácter general en el artículo 19 N° 3 CPR.

Una de las críticas más comunes a la mediación obligatoria es aquella que indica que constituiría un obstáculo al acceso a la justicia dado que es un verdadero filtro para acceder a los tribunales, que muchas veces constituye «un trámite más» que debe cumplir el ciudadano para que su controversia sea conocida por un juez, con los costos económicos y de tiempo que significa tener que necesariamente acudir a una audiencia ante el mediador<sup>45</sup>. Estudios del Ministerio de Justicia indican que desde la implementación de la mediación obligatoria en junio de 2009 hasta agosto de 2011, un 40,03%, es decir 151.828 causas han terminado en acuerdo, mientras el 54,78% restante, es decir 207.743, se ha frustrado, ya sea porque no se realizó la audiencia, o bien se realizó y las partes no alcanzaron un acuerdo; el 5,19% restante, corresponde a causas que al 31 de agosto de 2011, aún se encontraban en tramitación. Es decir, luego que la mediación se frustra, lo que ocurre en la mayoría de los casos, las partes se encuentran en condiciones de acudir a los Tribunales de Familia con el objeto de iniciar un proceso judicial. Generalmente el resultado de la mediación es más exitoso en aquellos lugares donde su utilización por las partes es voluntaria, a modo de ejemplo, en Holanda, país con una población similar a la de nuestro país el porcentaje de acuerdo llega a un 70% de las causas que llegan a mediación<sup>46</sup>.

Otro aspecto, que dice relación con la labor de los mediadores privados, es la situación en que el legislador coloca al usuario, dado que si no califica en los parámetros establecidos por el Ministerio de Justicia para recibir la mediación obligatoria de manera gratuita, el usuario deberá pagar a un mediador para cumplir con el requisito legal, lo que sin duda afecta el acceso a la justicia y al menos restringe el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 número 3 de nuestra Carta Fundamental, dado que el usuario deberá pagar a un mediador por sus servicios para luego, si se frustra la mediación, acceder a los Tribunales de Justicia, constituyendo un límite u obstáculo a la tutela judicial. Si bien los criterios de focalización establecidos en el Decreto Exento 2308 de 2009 son amplios, en el sentido de que la mayoría de las personas que acuden a mediación no deben pagar por este servicio, lo cierto es que un número importante de usuarios debe pagar por la mediación, situación que, además de constituir un obstáculo al derecho de tutela judicial, se ve agravada por el hecho de que los mediadores privados no cuentan con una adecuada fiscalización

---

45. VARGAS (2008) p. 194.

46. Ministerio de Justicia (2011) p. 88.

de su trabajo, lo que puede derivar en que las partes paguen por una mediación de mala calidad, generalmente terminada sin acuerdo y luego se encuentran habilitados para incoar su demanda<sup>47</sup>.

Podemos cuestionar, además, su carácter de sistema alternativo, puesto que si no es capaz de garantizar mínimamente los derechos no nos encontramos ante un sistema equivalente. Ciertamente es una vía para resolver controversias, pero está muy lejos de asimilarse a un proceso judicial, ya que, como dice el profesor Taruffo, es claro «que la posibilidad de un resultado positivo de la mediación estriba en que las partes estén dispuestas a llegar a un acuerdo que difícilmente dará toda la razón a la persona titular de un derecho: el acuerdo siempre supone la renuncia a la reivindicación integral del propio derecho»<sup>48</sup>. Como indica el autor antes mencionado, hay aquí más que una tutela de derechos una armonización de los intereses que están en juego<sup>49</sup>.

#### *2.4.2. La reducción del número de causas en los tribunales no ha sido el esperado*

Si el objeto de la Ley 20.286 fue descongestionar los Tribunales de Familia de nuestro país, ese objetivo hasta el momento no se ha logrado de la forma esperada. La mayoría de las causas sometidas a mediación se frustran, por lo que no concluyen en acuerdo y las partes acuden luego al tribunal. A lo anterior, debemos agregar que muchos casos terminados por acuerdo entre las partes, llegan al tribunal cuando se exige su cumplimiento. No existen estadísticas que nos permitan afirmar con certeza el porcentaje en que efectivamente han disminuido los ingresos en materia de familia. Sólo, a modo de ejemplo, podemos señalar que de acuerdo a la Memoria 2009 del Poder Judicial<sup>50</sup>, el ingreso en las causas de familia en tribunales de primera instancia ha aumentado el año 2009, respecto al año 2008, de 372.105 a 395.045, lo que equivale a un 6,2%<sup>51</sup>. La Memoria del año 2010 del Poder Judicial confirma la tendencia

---

47. De acuerdo al Decreto Exento 2308 de 2009, en términos generales, una persona tiene derecho a mediación gratuita cuando tiene ingresos iguales o inferiores a \$884.961 per cápita.

48. TARUFFO *et al.* (2009) p. 105 y 106.

49. TARUFFO *et al.* (2009) p. 106.

50. Poder Judicial (2012) p. 38.

51. Resulta importante destacar que la cifra correspondiente al año 2010, al que el texto hace referencia, incorpora los acuerdos a que han llegado las partes a través de la

anterior al informar un ingreso en materia de familia en tribunales de primera instancia de 463.877 causas, lo que implica un importante aumento de 17,4% respecto al año 2010<sup>52</sup>. Sin embargo, estas cifras incluyen, por ejemplo, los acuerdos presentados al tribunal por los mediadores, por lo que no nos permiten obtener un porcentaje de aumento o disminución de ingresos de causas a los tribunales.

Si bien, la Ley 20.286 entró en vigencia gradualmente en nuestro país desde junio del año 2009, con amplias expectativas respecto a la reducción en el ingreso de causas en los tribunales de familia, el esperado descenso en el número de ingresos no se ha cuantificado con certeza. Lo anterior no implica que no pueda existir un efectivo descenso en el número de ingresos de causas de familia, aspecto que necesariamente debe conciliarse con los cuestionamientos a esta ley en general y a la mediación obligatoria en particular<sup>53</sup>, especialmente considerando el costo que implica mantener financieramente un sistema de mediación obligatoria y pagada por el Estado en la mayoría de los casos<sup>54</sup>.

Como se indicó más arriba, la implementación de la mediación en Chile tuvo por objeto encontrar una herramienta que permitiera descongestionar los tribunales de justicia, más que las ventajas propias de este sistema, fundamento que explica también su implementación en forma obligatoria.

#### 2.4.3. *Eficiencia en la tramitación de las causas*

Si uno de los objetivos buscados con la implementación de la mediación obligatoria es reducir los tiempos en la tramitación de las causas, cabe entonces concluir que, al frustrarse, aproximadamente un 60% de las causas, la mayoría

---

mediación obligatoria, dado que una vez logrado el acuerdo, éste se presenta al tribunal, donde se ingresa, otorgándosele un RIT (Rol Interno del Tribunal) y un RUC (Rol Único Nacional) siendo incorporado al Sistema Tribunales de Familia (SITFA). Por lo antes expuesto, este sólo dato no nos permite determinar la efectiva descongestión de los Tribunales de Familia.

52. Poder Judicial (2012) p. 61.

53. Además de las materias que están sujetas a una mediación obligatoria, existen materias de mediación voluntaria, las que por regla general es de costo de las partes, salvo aquellos que cuenten con privilegio de pobreza o sean patrocinados por las Corporación de Asistencia Judicial o alguna entidad que preste asistencia jurídica gratuita.

54. Según fuentes del Ministerio de Justicia, el presupuesto para el pago de servicios de mediación familiar el año 2010 es de \$ 6.683.951.000.

llega de igual forma al Tribunal con lo que al tiempo normal de tramitación de un juicio hay que sumar el periodo en que se desarrolló la mediación y el tiempo que transcurre desde que la mediación se declara frustrada, hasta que se presenta efectivamente la demanda, lo que resulta especialmente preocupante en materia de alimentos, donde sólo una vez incoada la demanda se pueden solicitar alimentos provisorios. Por último, en esta materia, cabe indicar que no existe en nuestro país un estudio que permita determinar el tiempo promedio que tarda una persona desde que inicia su trámite en los centros de mediación hasta que en definitiva resuelve su controversia, estudio que en definitiva nos permitiría efectuar un diagnóstico de la mediación obligatoria desde la perspectiva de la eficiencia. En esta materia los resultados de la encuesta de satisfacción de usuarios encargada por el Ministerio de Justicia durante el año 2010, antes citada, donde en materia de tiempo que duró el proceso de mediación desde que se comenzó con las sesiones hasta que se llegó a acuerdo, indica que al menos un 20,6% se resolvió en más de tres semanas. Sería interesante en un próximo estudio incorporar las causas que terminan frustradas, las que en definitiva llegan a los tribunales de justicia luego de la mediación, estudio que sería especialmente relevante a la luz del derecho a la tutela judicial analizado más arriba<sup>55</sup>.

Que la causa termine en acuerdo no implica necesariamente que no lleguen a tribunales, logrando el anhelado fin de reducir las causas judicializadas, ya que el grado de cumplimiento es bajo, debiendo acudir la parte afectada a los tribunales para obtener de esa forma el cumplimiento del acuerdo logrado ante el mediador. Al igual que en el caso de los tiempos de tramitación de una causa, no existe actualmente un estudio que efectúe un seguimiento a las causas terminadas por mediación, particularmente a aquellas que concluyen en acuerdo y su cumplimiento. Sin embargo, un estudio efectuado el año 2010, encargado por el Ministerio de Justicia a Ernst & Young con el objeto de efectuar un diagnóstico al sistema licitado de mediación familiar y que se refiere al periodo existente antes de la vigencia de la Ley 20.286, indica un 56% de cumplimiento total del acuerdo logrado, lo que refleja un bajo nivel de cumplimiento en un sistema donde la mediación era voluntaria, es decir, donde ambas partes estaban de acuerdo en el sistema de resolución de conflicto<sup>56</sup>. Lo

---

55. Ministerio de Justicia (2012) p. 28. Documento preparado para la Subsecretaría de Justicia en enero de 2011.

56. Ministerio de Justicia (2012) p. 17. Documento resumen, preparado por Auditoría Ernst & Young, marzo 2010.

anterior lleva a preguntarnos sobre el porcentaje de cumplimiento existente hoy, donde las partes llegan al mediador obligadas por la ley, y donde, muchas veces, se confunde la obligatoriedad que existe para someterse a la mediación, con la obligatoriedad de llegar a un acuerdo. Claramente es necesario un estudio actualizado de estas materias, sin embargo, en virtud de la situación antes expuesta, no somos muy optimistas con los resultados que pueda arrojar.

#### 2.4.4. *Insuficiente preparación de los mediadores*

El sistema de mediación regulado en nuestro país presenta diversas falencias que impiden un mejor resultado, por ejemplo, los poco exigentes requisitos que establece la Ley 19.968 para ser mediador<sup>57</sup>, ya que, como indica Macarena Vargas, es necesario satisfacer una serie de estándares mínimos, uno de los cuales es la preparación de los mediadores<sup>58</sup>, sobre todo considerando que un sistema de mediación no goza con las mismas garantías con que cuenta un proceso judicial, como el debido proceso, la contradicción entre partes, un juez independiente e imparcial, etcétera<sup>59</sup>. En Argentina, por ejemplo, la mediación sólo puede ser realizada por abogados<sup>60</sup> y en Europa ha suscitado diversas disputas entre quienes estiman que la mediación debe llevarse a cabo

---

57. La Ley 19.968, en su artículo 112 indica que para ser mediador se requiere: título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste; acreditar formación especializada en mediación y en materias de familia o infancia, impartida por alguna universidad o instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en dichas materias, y no haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 a 375 del Código Penal, ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar. Además, deberá disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación.

58. VARGAS (2008) p. 198.

59. Según estadísticas del Ministerio de Justicia, en mayo de 2010 el 40% de los mediadores es de profesión asistente social, 16% abogados y 14% psicólogos. El 86% de los mediadores son mujeres y el restante 14% son hombres.

60. La doctrina trasandina estima que la mediación debe ser realizada por un abogado ya que la firma del mediador da carácter ejecutivo y ello requiere un conocimiento de derecho suficiente que le evite firmar convenios contrarios a derecho, lesivos a derechos de las partes o que éstas cedan derechos irrenunciables. Cfr. ABREVAYA (2008) p. 74.

por un abogado frente a quienes estiman que este requisito no es necesario y pueden intervenir en ella otros profesionales<sup>61</sup>. En Suiza, por ejemplo, la mediación es desarrollada por un abogado junto a otro profesional, lo que si bien permite una mediación de mayor calidad, significa un aumento de costos para el Estado en su implementación. Un aspecto que comúnmente es criticado en esta materia es que, si bien se exige formación especializada en mediación al momento de acreditarse como mediador, no se establecen mecanismos que aseguren que los mediadores se capaciten con posterioridad, de forma tal que sus conocimientos sean actualizados, prestando de esta forma un mejor servicio. Lo anterior, sin perjuicio de los esfuerzos del Ministerio de Justicia por establecer sistema de incentivos a los Centros de Mediación Licitados, si obtienen buenas calificaciones en evaluaciones periódicas. No existe un sistema similar para los mediadores privados.

En el proceso de mediación misma se aprecian también ciertas deficiencias que impiden al mediador contar con todos los medios necesarios para efectuar su trabajo. Por ejemplo, carecen los mediadores de algún sistema que les permita saber si alguno de los padres cuenta con antecedentes penales o si existe alguna sentencia previa, lo que resulta especialmente relevante cuando están en juego derechos de niños y adolescentes. El mediador básicamente dispone de la información entregada por las partes, lo que resulta insuficiente cuando están en juego derechos de terceros.

#### *2.4.5. Mecanismos de control son insuficientes*

Uno de los aspectos deficientes dice relación con la falta de mecanismos reales de fiscalización y reglamentación sobre la prestación del servicio. Analizar estos aspectos excede las pretensiones de esta investigación, sin embargo, y sólo a modo de ejemplo, baste indicar que la gran mayoría de las estadísticas con que cuenta el Ministerio de Justicia sobre la mediación se refiere fundamentalmente al sistema de mediadores licitados, los que operan con un sistema computacional centralizado denominado SIMEF, mientras que en el caso de los mediadores privados no existe ningún mecanismo que permita controlar su actuación; no operan con sistema computacional alguno que permita determinar sus actuaciones, lo que resulta preocupante dado el desconocimiento que existe sobre la labor que desempeñan, así como por la falta de control de

---

61. Ministerio de Justicia (2011) p. 33.

sus actos<sup>62</sup>. En el caso de los mediadores licitados, este tema adquiere especial relevancia si consideramos que ellos reciben un monto distinto por causa terminada en acuerdo a lo que perciben por una causa frustrada, lo que constituye un cuestionable incentivo para llegar a acuerdos, lo que sin un adecuado control, puede significar acuerdos no del todo satisfactorios para las partes, especialmente aquellas con un nivel educacional más bajo, quienes muchas veces desconocen el sistema, situación que el juez al no intervenir en esta etapa no puede advertir, aprobando luego el acuerdo. Una baja preparación de los mediadores, así como la falta de control, son aspectos que deben verse con sumo cuidado, con el objeto de no afectar los derechos de las partes, especialmente considerando que en derecho de familia existen normas de orden público, que como tal no están disponibles para las partes.

En cuanto a la supervisión a los centros de mediación, ésta se efectúa regularmente por el Ministerio de Justicia, sin embargo se refiere a cuestiones más bien administrativas que al proceso mismo de la mediación que permitan orientar y/o corregir el desempeño de los mediadores, lo que sin duda sería importante evaluar, no sólo como una forma de constatar que la mediación resguarde los derechos de las partes, sino también como una medida que tienda a homologar los procesos a lo largo del territorio nacional, de tal forma que un usuario en Calama, Panguipulli o Punta Arenas, reciba el mismo nivel de atención que un usuario en Santiago.

Por último, no podemos dejar de mencionar uno de los temas que resultaría muy útil en la fiscalización de los centros de mediación y que se refiere a la insuficiencia del sistema computacional implementado por el Ministerio de Justicia, utilizado por los centros licitados (SIMEF), el que si bien permite sistematizar la información, no ofrece la posibilidad de obtenerla de forma más detallada que permita un análisis más acucioso del sistema de mediación. Por ejemplo, en este sistema no se registran las actuaciones de los mediadores privados, ni permite acceder a información en cuanto a la duración de la mediación, que permita obtener el promedio de días que tarda este trámite y de esta forma realizar un diagnóstico más acucioso e integral de la mediación obligatoria.

---

62. Al no existir control, nada garantiza la calidad de la mediación ni un debido registro de las actuaciones de estos mediadores dificultando de esta forma su fiscalización, y lo que resulta peor, nada impide que se extienda un certificado de mediación frustrada sin haber hecho previamente una audiencia, con lo cual se burla el trámite de mediación previa al juicio de familia.

#### *2.4.6 Dificultades procesales*

La incorporación de la mediación obligatoria en nuestro derecho de familia también genera algunas dificultades procesales. Una de ellas dice relación con la interposición de una demanda reconvenicional cuando ésta se refiere a materias que requieran de una mediación obligatoria. El problema se suscita dado que si se quiere demandar se debe presentar el certificado de mediación frustrada, que es un requisito de admisibilidad de la demanda, así como de la demanda reconvenicional. Pues bien, dado que se puede contestar la demanda al menos cinco días antes de la audiencia preparatoria, si al contestar se quiere demandar reconvenicionalmente en materias propias de mediación obligatoria, sin duda el tiempo para efectuar esa mediación es insuficiente desde la notificación de la demanda y, por otro lado, en esa mediación se muestra a la otra parte la estrategia a utilizar en el juicio<sup>63</sup>.

### **3. La mediación en el cuidado personal y la relación directa y regular**

#### **3.1. Cuestionamientos a su carácter obligatorio**

Que la mediación sea obligatoria resulta desde ya cuestionable, en tanto parece ser contrario a la naturaleza y tradición de esta institución, pero mayor atención merece si esta obligatoriedad trasciende a ámbitos ajenos a lo estrictamente patrimonial, como ocurre en el cuidado personal y la relación directa y regular.

En efecto, si analizamos la doctrina sobre las medidas alternativas a resolución de conflictos, idea base es que los acuerdos de las partes, ante un tercero imparcial, consistan en materias disponibles, excluyendo áreas en que derechos de terceros puedan verse perjudicados, sobre todo si estos «terceros»

---

63. La Ley 19.968 señala en su artículo 57 inciso segundo: «En las causas de mediación previa se deberá acompañar un certificado que acredite que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 106». Por su parte el artículo 58 de dicha Ley indica: «Contestación de la demanda y demanda reconvenicional. El demandado deberá contestar la demanda por escrito, con al menos cinco días de anticipación a la fecha de realización de la audiencia preparatoria. Si desea reconvenir, deberá hacerlo de la misma forma, conjuntamente con la contestación de la demanda y cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo anterior...».

son personas menores de edad sin mecanismos para hacer valer sus intereses y derechos. ¿Cómo podría en un proceso de mediación en el que se discute el cuidado personal de un hijo, resguardarse debidamente sus derechos? En las sesiones de mediación no se ordena, ni recibe prueba, lo que unido a una deficiente formación jurídica de los mediadores y la concurrencia de las partes sin patrocinio de abogado, pondría en riesgo el adecuado resguardo a sus derechos.

Si bien, y conforme al artículo 105 de la Ley 19.968, el mediador podría considerar la opinión de los menores de edad involucrados si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación, no queda claro de qué forma velará para que se tome en consideración el interés superior del niño<sup>64</sup>. No existen mecanismos en nuestra legislación que resguarden debidamente los derechos de estos «terceros» involucrados. Si bien la Ley incorpora el interés superior del niño como principio de la mediación, no existe certeza absoluta de que se resguardarán debidamente en la toma de decisión ante un tercero imparcial como el mediador, si no se cuentan con los suficientes antecedentes para arribar a la mejor solución. Todavía más, si el proceso de mediación se desarrolla en un ámbito privado, que no puede ser supervisado por institución alguna.

La ley establece una serie de exigencias para quedar registrado como mediador, pero no es condición la preparación jurídica adecuada. Vale decir, volvemos al mismo punto, temas de extremo cuidado necesitan un conocimiento del derecho, especialmente de los menores de edad. Estadísticamente la mayoría de los mediadores en Chile son asistentes sociales o psicólogos, lo que *per se*, no resulta criticable, pero no se establece como condición de la aceptación de la mediación contar con la participación de un abogado. No así en otros ordenamientos, como el argentino, en que la ley exige que los mediadores deben ser abogados. Si pensamos, incluso en un juicio llevado ante un tribunal de familia, el juez se asesora en materias que no son de su experticia por un consejero técnico, mecanismo establecido en la Ley que garantiza en lo posible el arribo a la solución más adecuada del caso.

---

64. El artículo 105 de la Ley 19.968 señala en su letra e) al interés superior del niño como uno de los principios de la mediación e indica que es aquel «por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación».

### 3.2. Aplicación práctica

Las dificultades expuestas sobre la mediación obligatoria en general, son plenamente aplicables a las materias ahora estudiadas, las que además han presentado algunos inconvenientes particulares. Desde la implementación de la mediación obligatoria hasta fines de mayo del 2010, se han mediado 23.584 causas en materia de cuidado personal y 48.017 causas en relación directa y regular, lo que equivale a un 12% y un 24% respectivamente, del total de causas que han ingresado al sistema de mediación.

Estas materias presentan características especiales, relacionadas con la especial naturaleza de la acción que se pretende interponer, lo cual ha generado diversas dificultades que los mediadores han tenido que enfrentar, entre las que veremos algunos ejemplos, sin profundizar en ellos por exceder las pretensiones de este trabajo.

En relación al cuidado personal o tuición de los hijos que acuerden los padres a favor de un tercero, existen fundamentalmente dos interpretaciones en nuestro país que han sido recogidas por los tribunales de familia. La primera, doctrina moderna, se basa en que manifestada la voluntad de los padres en algún sentido, el juez, en principio, no podría modificar aquella decisión voluntaria de éstos, aunque decidan otorgar el cuidado personal a cargo de un tercero. La segunda, más tradicional, señala que en virtud de lo establecido en los artículos 225 y 226 del Código Civil, el acuerdo de cuidado personal sólo está permitido respecto de los padres, y que para que el juez pueda otorgar el cuidado personal a un tercero, la ley exige acreditar una causal de inhabilidad física o moral de los padres, por lo que no procedería un acuerdo pactado entre los padres a favor de un tercero en ningún caso<sup>65</sup>. Sea cual sea la postura

---

65. El artículo 225 del Código Civil señala: «Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

«En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención de hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

que se adopte parece no ser el mediador la persona más idónea para intervenir en este tipo de problemas, dado que no cuenta con los conocimientos que tienen los padres sobre el hijo, ni la autoridad y/o antecedentes con que cuenta un juez, o que podría requerir un juez, para pronunciarse jurídicamente sobre un tema de tal envergadura, sobre todo si recordamos nuestra crítica a su formación profesional, expresada más arriba.

En los casos de cuidado personal y relación directa y regular de los padres, nos encontramos con el inconveniente, por parte del mediador, de no contar con las herramientas necesarias para adoptar una decisión informada, dado que no podría, por ejemplo, solicitar un certificado de antecedentes penales u otro documento que permita conocer ciertos aspectos que pueden ser relevantes en la toma de decisiones, cuando los padres lo omiten y que se deben considerar en atención al interés superior del niño. Lo mismo ocurre para determinar posibles vulneraciones al principio de igualdad que puede verse afectado cuando una de las partes puede estar presionada a llegar a un acuerdo, por ejemplo, por no contar con los recursos económicos. Por último, en este punto, no queda claro, en virtud de la regulación actual de la mediación, cómo se garantiza el respeto al principio del interés superior del niño, por ejemplo en aquellos casos en que el niño deba ser oído, lo cual en nuestro sistema queda a criterio del mediador<sup>66</sup>.

Un tema relevante en esta materia es determinar si el niño debe o no comparecer a la mediación, dado que en caso de no comparecer no será oído en un proceso en el que se decidirá sobre su futuro, como ocurre cuando se discute sobre su cuidado personal o su relación futura con los padres. Por otro lado, si comparece su presencia puede no resultar del todo compatible con el deber del mediador de velar por el interés superior del niño, dado que implica exponerlo

---

«Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros».

«El artículo 226 del Código Civil señala: «Podrá el juez en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

«En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes».

66. La Convención sobre Derechos del Niño establece en su artículo 12 que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten.

a una sesión donde los padres discutan, puede sentirse presionado a optar por uno de los padres, ser manipulado por alguno de los padres, etcétera.

En relación con el principio antes señalado y en orden al sistema de mediación con que cuenta nuestro país, preferimos que el niño o adolescente concurra a la sesiones de mediación, sea oído y se adopte un acuerdo que respete sus derechos e intereses en condiciones adecuadas para dicha asistencia; sin embargo, no debemos dejar de atender lo riesgoso de su comparecencia, en especial si la mediación se frustra, ya que significaría la mayoría de las veces que el niño o adolescente concurra luego al tribunal, lo que genera una sobreexposición del niño a temas que indudablemente lo afectan.

Las situaciones antes expuestas nos permiten concluir que no resulta adecuada, en principio la mediación obligatoria a este tipo de materias, a menos que se perfeccione su regulación con el objeto, fundamentalmente, de resguardar los intereses del niño o adolescente afectado por el acuerdo.

En definitiva, como advierte Henríquez, estimamos que con la mediación obligatoria, más que satisfacer una necesidad de dotar a nuestro sistema judicial de medidas alternativas de solución de conflictos eficientes, se intentó apresuradamente resolver el problema de la congestión de los Tribunales de Familia, extendiendo la mediación a materias como el cuidado personal y la relación directa y regular, donde, por los motivos antes señalados, no parece adecuada<sup>67</sup>.

## **4. La mediación en materia de alimentos**

### **4.1. Resultados de su aplicación**

Uno de los aspectos donde la mediación obligatoria ha demostrado ser muy eficiente es en las causas sobre derecho de alimentos. Es precisamente en esta materia donde la mediación se ha utilizado con mayor frecuencia. Es así como las estadísticas del Ministerio de Justicia indican que a mayo del año 2010, de las 200.845 causas ingresadas, 126.969 correspondían a causas en materia de alimentos, lo que equivale a un 63% de las causas. Doctrinariamente y en derecho comparado, la mediación obligatoria resulta más aceptada que en los casos analizados anteriormente, lo que se debe en gran medida a que se trata de intereses pecuniarios en juego. Pese a lo anterior, la mediación en esta ma-

---

67. HENRÍQUEZ (2006) p. 28.

teria no está exenta de algunos inconvenientes como ocurre con los alimentos provisorios, situación que analizaremos a continuación.

#### 4.2. Alimentos provisorios durante la mediación

Uno de los aspectos que no se encuentra adecuadamente regulado en nuestra legislación es lo que ocurre con los alimentos provisorios en el proceso de mediación, el cual se encuentra regulado en el artículo 109 de la Ley 19.968, que establece la obligación de informar al alimentario el derecho de recurrir al tribunal a solicitar la fijación de alimentos provisorios y regula la frustración por la inasistencia a la primera sesión<sup>68</sup>. Lo anterior, ya que en el marco de un proceso judicial, quien demanda puede solicitarlos como una forma de obtener transitoriamente alimentos, durante el periodo en que se tramita el juicio.

Pues bien, al incorporar la Ley 20.286 la mediación obligatoria no reguló suficientemente qué ocurre con los alimentos provisorios durante la mediación. En este caso, quien pretende demandar de alimentos y en virtud de la ley debe recurrir al sistema de mediación obligatoria, no puede solicitar alimentos provisorios debiendo esperar el resultado de la misma, la cual, si resulta frustrada, implica que aquella parte se encontrará en condiciones de demandar y solicitar en ese instante alimentos provisorios, encontrándose en la imposibilidad de contar con ellos en el transcurso de tiempo que existe entre el inicio del proceso de mediación y aquel en que efectivamente incoe su demanda en el tribunal de familia respectivo. La solución a esta situación se ha encontrado, en la práctica, frustrando lo antes posible la mediación, de forma tal que la parte interesada se encuentre en condiciones de demandar, lo que sin duda desvirtúa el objeto de la mediación y significa que un elemento externo a la me-

---

68. El artículo 109 de la Ley 9.968 indica: «Reglas especiales sobre la mediación en causas relativas al derecho de alimentos. Tratándose de casos que versen, en todo o parte, sobre el derecho de alimentos, el mediador, en la primera sesión, deberá informar al alimentario de su derecho de recurrir en cualquier momento al tribunal para la fijación de alimentos provisorios, de acuerdo al artículo 54-2. De esta actuación deberá dejarse constancia escrita firmada por el mediador y las partes. Sin perjuicio de lo cual, las partes podrán adoptar directamente un acuerdo sobre la materia.

«Si el requerido, citado por una sola vez, no acude a la primera sesión de mediación y no justifica su ausencia, el requirente quedará habilitado para iniciar el procedimiento judicial».

diación influya en el fracaso de la misma<sup>69</sup>. De lo antes expuesto se colige que evidentemente hay un vacío en nuestra legislación, que sería necesario regular, de forma tal que la solicitud de alimentos provisorios no sea incompatible con la mediación y signifique un aumento en la cantidad de causas con mediación frustrada.

### 4.3. Cumplimiento de los acuerdos en materia de alimentos

Si bien este es un tema que no es propio de la mediación en materia de alimentos, estimamos oportuno tratarlo acá, dado el alto número de causas en materia de alimentos y que las consecuencias del incumplimiento parecen más evidentes en estas causas que en las otras materias en que la mediación es obligatoria en nuestro país.

No existen estudios que permitan comparar el grado de cumplimiento de las causas que terminan en mediación frente a aquellas que terminan mediante una sentencia dictada por un juez al término del proceso; sin embargo, resulta evidente que muchas de las causas que terminan en acuerdo, dentro de un proceso de mediación, ingresan de igual forma al sistema judicial ante el incumplimiento de una de las partes.

Si bien el tema del cumplimiento es un tema que excede las pretensiones de este trabajo y del derecho de familia, sería adecuado buscar nuevas fórmulas que permitan liberar a los tribunales de muchas de estas tareas que se dan a propósito del incumplimiento de alguna de las partes.

## Conclusiones

La mediación obligatoria en Chile fue incorporada en nuestra legislación con la expectativa de resolver distintos inconvenientes que presentaba la justicia de familia en aquel momento. A más de dos años de su aplicación, podemos apreciar sus resultados, los que nos permiten concluir que si bien en algunas áreas ha operado de acuerdo a lo esperado, presenta una serie de deficiencias que deben ser abordadas. El presente trabajo no busca la eliminación de la obligatoriedad de la mediación en Chile, pero si pretende efectuar un análisis crítico

---

69. En esta materia, el Ministerio de Justicia ha recomendado mediante un informe (el que se puede acceder en [www.minjusticia.cl](http://www.minjusticia.cl)), en estos casos frustrar la mediación, entregando en dicho acto el certificado correspondiente.

que permita su perfeccionamiento, en beneficio de la adecuada protección de los derechos de los usuarios de este sistema.

La mediación se ha incorporado en diversas legislaciones del mundo occidental en distintas materias y de distinta forma, siendo la voluntariedad uno de sus principios fundamentales. Sólo en aquellos países donde la mediación ya ha transitado por un largo camino y, por ende, es más conocida por la población se comienzan a incorporar en los últimos años sistemas de mediación obligatoria.

En Chile su regulación obedece más a una medida de urgencia destinada a descongestionar los tribunales de justicia, luego de la entrada en vigencia de la Ley 19.968, que a los resultados logrados por la mediación familiar regulada por la ley antes mencionada.

Sin duda, la mediación como vía alternativa de resolución de conflictos puede constituir un aporte a nuestro sistema de administración de justicia, sin embargo, su incorporación en materia de familia obedece más a una medida de urgencia destinada a descongestionar los tribunales, que al cumplimiento de los fines antes mencionados. Es decir, dicho mecanismo se incorpora como una respuesta a la incapacidad del Estado para resolver adecuadamente las controversias en materia de familia, lo que constituye un escenario que, al menos, merece un estudio más profundo respecto a su implementación.

La mediación obligatoria restringe el derecho a acción o tutela judicial, dado que establece una gestión previa a acceder a los tribunales, especialmente en aquellos casos en que el usuario no califica para recibir una atención gratuita y debe pagar a un mediador por este trámite previo a demandar. Estimamos que se debe avanzar a un sistema que garantice la gratuidad para todos los usuarios y de esa forma atenuar la afectación al derecho antes mencionado.

El sistema establecido en Chile presenta diversas deficiencias que hacen necesaria una regulación más exhaustiva, que aborde diversos inconvenientes que han quedado en evidencia a más de dos años de ser implementada. Entre las materias a regular se encuentran la necesidad de contar con herramientas más efectivas que permitan un adecuado control al sistema de mediación en Chile.

Respecto a las materias en las que se estableció su obligatoriedad, la mediación ha demostrado su eficiencia en materia de alimentos, siendo la materia donde tiene mayor aplicación práctica; sin embargo, se requiere adecuar su regulación, de manera tal que sea compatible con la solicitud de alimentos provisorios. En materia de cuidado personal y relación directa y regular, la mediación obligatoria establecida en Chile no presenta garantías que permitan

asegurar el respeto al principio del interés superior del niño, como si ocurre en un proceso judicial, lo que unido a las deficiencias propias del sistema obligatorio, nos permiten concluir que en estas materias su obligatoriedad debe ser revisada.

## Referencias

- ABREVAYA, Sergio. *Mediación prejudicial*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2008. 160 p.
- ALLIENDE, Leonor, et al. *El proceso de mediación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. 220 p.
- BARONA, Silvia. *Los ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación*. En *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte. Año 18, Nº 1, julio. Coquimbo: Universidad Católica del Norte, 2011. p. 185-211.
- BERNAL, Trinidad. *La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Madrid: Ed. Colex, 1998. 270 p.
- BORDALÍ, Andrés. *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*. En *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 38, Nº 2, agosto 2011. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011. p. 311-337.
- BORDALÍ, Andrés. *El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XLVIII, Nº 3. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 715-750.
- BORDALÍ, Andrés. *Justicia privada*. En *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Vol. XVI, julio 2004. Valdivia: Universidad Austral de Chile, 2004. p. 165-186.
- CÁRDENAS, Eduardo. *La mediación en conflictos familiares*. Buenos Aires: Editorial Lumen/Humanitas, 1998. 236 p.
- COLOMBO, Juan. *La jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1980. 142 p.
- CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.286. [En línea], [22 de Marzo de 2012]. Disponible en: [www.bcn.cl].
- GÓMEZ, Paulina. *Propuestas y reflexiones éticas acerca del ejercicio de la mediación en Chile como forma de resolución no adversarial de los conflictos*. En *Revista de Derecho*. Universidad Católica de Valparaíso. Año XX. Valparaíso: Ediciones Universitarias Valparaíso, 1999. p. 343-375.

- HAYNES, John. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid: Gaia, 2000. 263 p.
- HAYNES, John. *La mediación en el divorcio: Estrategias para negociaciones familiares exitosas basadas en casos reales*. Buenos Aires: Granica, 2006. 454 p.
- HENRÍQUEZ, Jorge, et al. *La mediación en los Tribunales de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. 190 p.
- LASHERAS, Pilar. *Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005*. En *Revista Electrónica del Departamento de Derecho*. Universidad de La Rioja. N° 5, diciembre 2007. Disponible en [<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero5/lasheras.pdf>].
- LATHROP, Fabiola. *Cuidado personal de los hijos*. Santiago: Editorial Punto-Lex, 2005. 160 p.
- LÓPEZ, Carlos. *Manual de derecho de familia y tribunales de familia*. Santiago: Librotecnia, 2005. 407 p.
- MARLOW, Lenard. *Mediación familiar*. Barcelona: Ediciones Granica, 1999. 430 p.
- MÉNDEZ, María. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. 424 p.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Congreso Internacional, «Mediación y resolución colaborativa de conflictos: Un aporte a la cohesión social»*. Santiago: Diagrama S.A., 2011.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Diagnóstico al Sistema Licitado de Mediación Familiar* [En línea], [14 de Mayo de 2012]. Disponible en: [[www.mediacionchile.cl](http://www.mediacionchile.cl)].
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Informe de Resultados «Aplicación y Análisis Encuesta de Satisfacción de Usuarios y Usuarias del Sistema de Mediación familiar»* [En línea], [14 de Mayo de 2012]. Disponible en: [[www.mediacionchile.cl](http://www.mediacionchile.cl)].
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Informe Final de Consultoría «Servicio de diseño, aplicación y análisis de encuesta de satisfacción de usuarios/las e instituciones relacionadas del Sistema Nacional de Mediación»* [En línea], [14 de Mayo de 2012]. Disponible en: [[www.mediacionchile.cl](http://www.mediacionchile.cl)].
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Informe Final. Diseño de un Modelo de Licitación Pública de Servicios de Mediación*, ejecutores: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Centro de Estudio de Justicia de las

- Américas (CEJA) [En línea], [14 de Mayo de 2012]. Disponible en: [www.mediacionchile.cl].
- NÚÑEZ, Raúl. *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009. 220 p.
- ORTEMBERG, Osvaldo. *Mediación familiar. Aspectos jurídicos y prácticos*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 1996. 183 p.
- PEÑA, Carlos. *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*. En *Revista de Estudios Sociales*. Nº 88, 1996. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria (CPU), 1996. p. 81-102.
- PEREIRA, Hugo. *La cosa juzgada en el proceso civil*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1997. 222 p.
- PÉREZ, Beatriz. *Mediación Familiar: Las distancias de la mediación en Europa*. En *Revista Tavira: Revista de ciencias de la educación*, Nº 21, 2005. Cádiz: Facultad de Ciencias de la Educación, 2005. p. 139-158.
- PODER JUDICIAL. Memoria 2009 del Poder Judicial. [En línea], [20 de Marzo de 2012]. Disponible en: [www.poderjudicial.cl].
- PODER JUDICIAL. Memoria 2010 del Poder Judicial. [En línea], [20 de Marzo de 2012]. Disponible en: [www.poderjudicial.cl].
- RAMOS, René. *Derecho de Familia, Tomos I y II*. Santiago: Editorial Jurídica, 2005. 622 p.
- SALAZAR, Deyanira, et al. *Mediación familiar y violencia de pareja*. En *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Vol. XXIV, Nº1, Julio 2011. Valdivia: Universidad Austral de Chile, 2011. 9-30.
- SOTO, Eduardo. *El derecho fundamental de acceso a la justicia*. En *Revista Chilena de Derecho*. Nº26, Número Especial, 1998. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998. p. 273-278.
- TARUFFO, Michelle, et al. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2009. 170 p.
- TURNER, Susan. *Los Tribunales de Familia*. En *Revista Ius et Praxis*. vol. 8, Nº 2. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, 2002. p. 413-443.
- VARGAS, Juan Enrique. *Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial*. En *Revista Sistemas Judiciales*. Nº2, 2002. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2002. p. 225-298.

VARGAS, Macarena. *Mediación Familiar. Sistematización de una experiencia*, Santiago: Ministerio de Justicia de Chile, 2000. 131 p.

VARGAS, Macarena. *Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación*. En *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Vol. XXI, N°2, Diciembre 2008. Valdivia: Universidad Austral de Chile, 2008. p. 183-200.

VARGAS, Macarena, *et al.* *Mediación familiar y género*. Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2008. 121 p.