

# MEDIACIÓN: NUEVOS DESAFÍOS EN PROYECTOS DE INVERSIÓN, EXPERIENCIA COMPARADA.

Los 25 años del Arbitraje Institucional en Chile  
María Soledad Lagos Ochoa

29 de agosto de 2017

## Orígenes del Movimiento Rad

En EEUU en abril del 76 se organizó la “Conferencia nacional sobre las causas de insatisfacción popular con la Justicia”, en Saint Paul, Minnesota.

El Juez Burger, Presidente de la Corte Suprema, se dirigió a un grupo de cerca de 200 profesionales: magistrados de tribunales federales y estatales, fiscales, abogados, profesores de Universidad y otros expertos, a fin de reflexionar desde el año 1976 sobre la situación de la Justicia para el año 2000, planteando que **“...el Sistema de Justicia iba a tener que incorporar nuevos mecanismos y procedimientos mejor adaptados para satisfacer las necesidades de los individuo en el futuro, frente al probable aumento de la litigación, para hacer más rápida, efectiva y barata la Justicia...”**

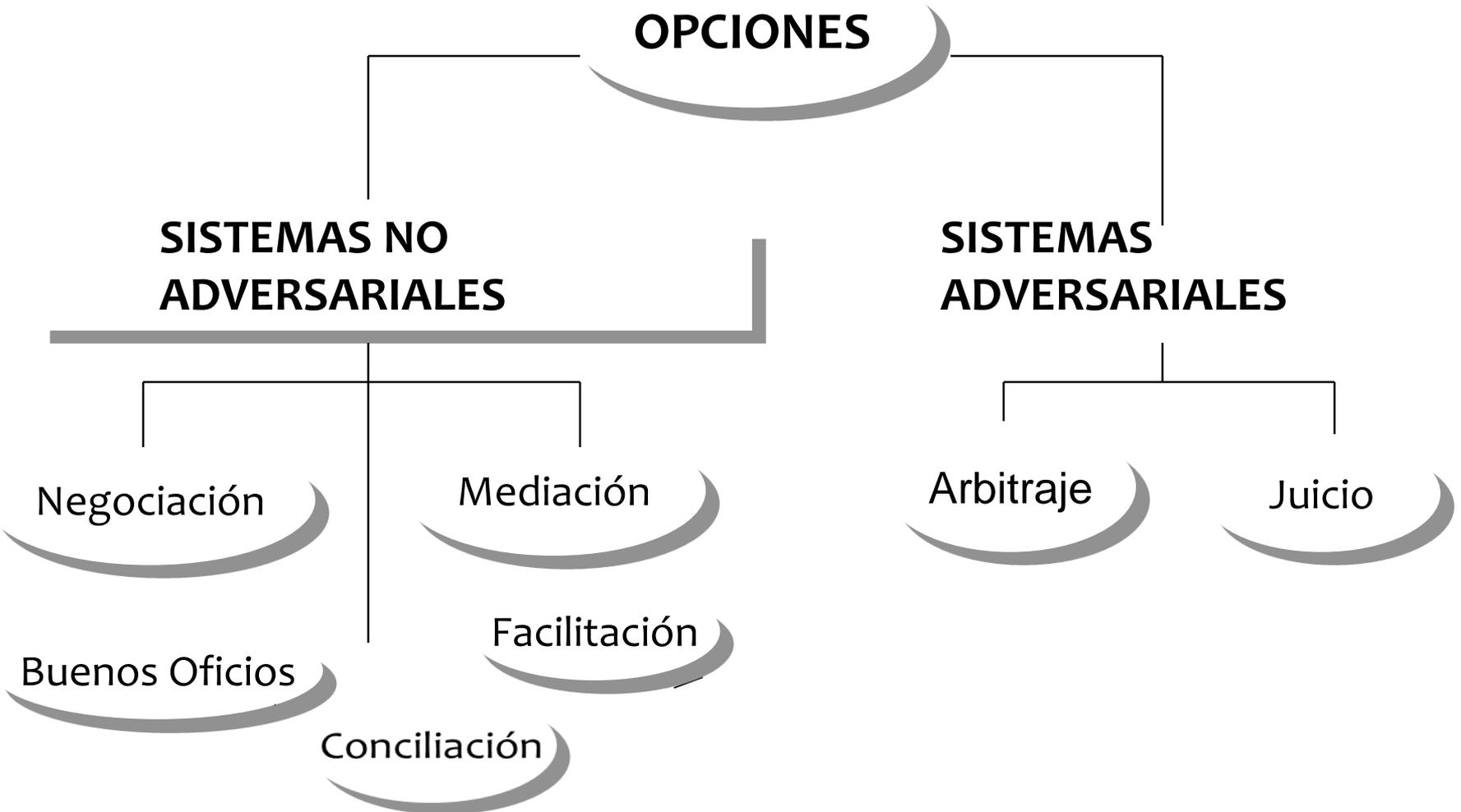
Disertación profesor de Harvard, Frank E. A. Sander: “Variedades en el Procesamiento de disputas”.

Creciente presión a la Administración de Justicia.

Hacia el año 2000, no debíamos hablar de Juzgado sino más bien un **“Centro de Resolución de Disputas”**, en el que el solicitante sería canalizado a través de un funcionario encargado de analizar el caso y redirigido hacia el proceso o secuencias más apropiada de acuerdo a su naturaleza: **SISTEMA MULTIPUERTAS**.

El objetivo sería buscar mecanismos para reducir la litigiosidad, a través de formulas alternativas que en solitario o combinadamente, pueden ofrecer una resolución de conflictos más **“efectiva”**.

# Resolución de disputas



# Criterios de selección de Métodos: de lo alternativo a lo ADECUADO

1. **COSTOS DEL MÉTODO ELEGIDO**

2. **SATISFACCIÓN CON EL RESULTADO**

3. **EFFECTO EN LA RELACIÓN**

4. **RECURRENCIA DEL CONFLICTO**

¿Cómo se resuelven  
actualmente las disputas  
en nuestro país,  
diagnóstico del sistema  
actual?

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

**Toda persona tiene derecho a defensa jurídica** en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y **defensa jurídica** a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

**Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales**, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

**Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.**

Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos...

## Capítulo VI

### PODER JUDICIAL

Artículo 76.- **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.** Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

## CONCLUSIÓN: PRIMACÍA ABSOLUTA DEL SISTEMA ADVERSARIAL COMO FORMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN NUESTRO PAÍS

Consecuencia de ello:

1.- ¿Cuál es la señal que se da a los ciudadanos acerca de como resolver sus conflictos?

2.- ¿Qué conflictos está **“resolviendo”** el Poder Judicial? El 82,3 % de los conflictos civiles, son causas relacionadas con “citación para la confesión de deuda (52,3%) y cobros de pagarés (30%)”\*.

3.- Nivel de conflictividad. Desde lo micro un 74% de los chilenos manifiesta tener conflictos vecinales en su barrio y un 80% de las personas manifiesta que convive a diario con dichos conflictos o varias veces por semana\*. Alta conflictividad y radicalización de la misma.

4.- **Efectos en la confianza.** Solo un 22% de las personas dice que se puede confiar en la mayoría de las personas, mientras que el 78% señala que hay que tener cuidado con ellas. En cuanto a las instituciones la desconfianza es altísima y diversos estudios dan cuenta que los tribunales son vistos como instituciones confiables solamente por aproximadamente el 10% de la población\*\*.

5.- **Efectos en las Políticas Públicas y en la forma de abordar la resolución de los conflictos y el acceso a la justicia:**

Si el objetivo a alcanzar es brindar tutela judicial (juicio), deberemos crear más tribunales o hacerlos más eficientes; en cambio si queremos **“RESOLVER CONFLICTOS y GARANTIZAR TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS”**, debemos incorporar otros mecanismos, no necesariamente jurisdiccionales.

\* Encuesta COES 2014, Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social.

\*\* Texto proyecto Centros de Justicia Ciudadanos <http://decs.pjud.cl/index.php/noticias/470-poder-judicial-presenta-propuesta-de-centros-de-justicia-ciudadanos>.



6.- Los mecanismos RAD se vinculan con la “resolución de los conflictos” y no solo con una sentencia adjudicatoria, por lo tanto la JUSTICIA comprende una dimensión más amplia que se vincula a con la solución eficaz de los mismos, considerando una amplia gama de mecanismos, que debieran utilizarse en forma secuencial, considerando al juicio efectivamente como una ***ultima ratio***.

# Conflictos en materia de Inversiones:

- Fundamentalmente “Oposición local de las comunidades en un escenario socio ambiental”.
- ¿En que etapa de la inversión se suscitan conflictos? Pre inversión; Evaluación propiamente tal; Funcionamiento; y Cierre.
- Entidad:
  - 1.- De gran escala, demandas genéricas, masivas, mediatización y redes sociales, por ejemplo HidroAysén.
  - 2.- Conflictos latentes y de larga duración, por ejemplo conflicto mapuche y explotación forestal.
  - 3.- Conflictos puntuales, espasmódicos, demandas localizadas, por ejemplo Termoeléctricas o Freireina (Agrosúper)\* .

# Para determinar la conveniencia de incorporar la Mediación como forma de resolución en conflictos vinculados a proyectos de inversión debemos analizar:

## 1.- Institucionalidad Ambiental:

- Ministerio de Medio Ambiente
- Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)
- Superintendencia de Medio Ambiente (SMA)
- Comité de Ministros
- Tribunales Ambientales
- Corte Suprema

¿Cómo está operando?

Decisiones tanto administrativas como jurisprudenciales fuertemente cuestionadas y con un bajo nivel de apoyo, no sólo de la ciudadanía como históricamente venía sucediendo, sino también de los actores productivos. Criterios disímiles. LEGITIMIDAD.

Judicialización de los permisos ambientales (en alza?)

## 2.- Eficacia de las normas que regulan la materia:

¿El Estatuto Jurídico aplicable en nuestro país, conduce o propende en términos generales al cumplimiento de la norma?

Según la Súper Intendencia de Medio Ambiente, de 1000 resoluciones de calificación ambiental (RCA) fiscalizadas durante el año 2014, a partir de un universo de 15 mil que estaban vigentes, un 70% presentó distintos tipos de incumplimientos \*.

¿Qué resultados arrojan los procesos vinculados a permisos medio ambientales?

“... Si en la década de 1990 el 95% de los proyectos que ingresaban al SEIA obtenía una calificación favorable, entre el 2008 y 2014, dicho porcentaje disminuyó solo a un 59%. Las razones incluyen no sólo el rechazo de los proyectos sino también el desestimio temporal o definitivo durante la evaluación, el término anticipado del proceso de evaluación debido a información insuficiente y plazos de evaluación excesivos que en algunos casos han afectado la viabilidad de las inversiones\*\*.

¿ La regulación en materia de inversiones y grandes proyectos, contempla mecanismos y tiempos, adecuados a las necesidades de la actividad misma? ¿ Los diversos estadios (administrativo, durante tramitación del permiso y jurisdiccional) contemplan espacios de diálogo para la resolución efectiva de los conflictos?

\*Economía y Negocios, El Mercurio <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=151724>.

\*\* Espacio Público, Del Conflicto al Diálogo, Informe de Políticas Públicas N° 08, Enero de 2016.

**En nuestra realidad local es necesaria la incorporación de la MEDIACIÓN como mecanismo de resolución de conflictos en materia de inversiones vinculadas a permisos medio ambientales, porque actualmente la tramitación de estos proyectos está generando ganadores y perdedores, inmersos en una cultura de confrontación entre empresas y comunidades, fracturando el tejido social y dañando la convivencia.**

# Experiencia Comparada:

1.- El Instituto Estadounidense para la Resolución de Conflictos Ambientales, es una agencia autónoma gubernamental que ayuda a abordar disputas ambientales que involucran agencias del Estado y fue creado por ley por el Congreso estadounidense en el año 1998, con el mandato de ayudar a agencias del Estado y otras partes relevantes a gestionar conflictos, disputas y desafíos ambientales. Originalmente esta institución no mediaría y solo administraría un catastro de facilitadores y mediadores externos, pero hoy en día sí cuenta con mediadores y facilitadores del Instituto. Cumple el rol de monitorear, apoyar y asesorar, permitiendo ejercer un control técnico y tener una visión panorámica de los conflictos respecto de problemas sistémicos y fallas de políticas públicas.

2.- La Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad (ONDS) de Perú, creada por ley en el 2012 como un órgano técnico especializado de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). Está encargado de dirigir “el proceso de diálogo con los diversos actores sociales, representantes de instituciones privadas y funcionarios públicos, con el objeto de prevenir controversias, diferencias y conflictos sociales”. También puede facilitar la mediación y/o la negociación para solucionar los conflictos sociales y promover el desarrollo sostenible\*.

Recordar la Ley N° 19.334 de 7 de octubre de 1994, que introdujo el trámite de **conciliación obligatoria en materia civil**, constituyendo conforme al artículo 795 del CPC un trámite o diligencia esencial en la primera o única instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales, cuya omisión podría fundar un recurso de casación en la forma. La moción parlamentaria que dio origen a esta modificación legal, se inspiró en el **Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica** y dentro de las ventajas señaladas en la discusión parlamentaria e informes de comisiones se mencionan: **mayor eficiencia en la administración de justicia, mayor celeridad en los procedimientos, acercamiento de las personas a la justicia, menores costos de los mismos, entre otras.**

Conclusión: No son replicables en Chile los modelos, sin un análisis previo vinculado a nuestra forma de visualizar la resolución de los conflictos.

\* Espacio Público, Experiencia Nacional e Internacional en Mediación de conflictos Socio Ambientales, Documento de referencia N° 29, Enero de 2016.

**¿Qué debemos considerar al momento de  
incorporar la MEDIACIÓN?  
Los principios y la realidad local.**

## Principios de la Mediación:

- Voluntariedad
- Confidencialidad
- Imparcialidad/Neutralidad/Equidistancia
- Equilibrio de Poder o Igualdad/versus Bilateralidad
- Protagonismo de las partes/versus Representación
- Visión de Futuro

## EN CUANTO A LA REALIDAD LOCAL:

1.- **Generar una Política Nacional de Ordenamiento del Territorio:** El sistema de decisiones ambientales del país requiere definiciones estratégicas nacionales que provean un marco estable y claro para la macro-zonificación en torno a la localización de industrias e infraestructura de mayor impacto, evitando así conflictos causados por localizaciones conflictivas o incompatibilidad con usos preferentes. Se genera un criterio objetivo al momento de sentarse a negociar un conflicto medio ambiental.

2.- **Actualmente en cuanto a PARTICIPACIÓN (información acerca del proyecto y luego observaciones al mismo) en materia MEDIO AMBIENTAL hay asimetrías\*:**

**Estructurales**, ya sea considerando el sentido o propósito de la participación ambiental; déficit normativo y vacío en materia de definición de políticas públicas (se privilegia la evaluación desde el punto de vista estrictamente técnico y hay un vacío de participación en la definición de políticas y leyes, privilegiándose en nuestro país las comisiones de expertos, antes de que los procesos participativos abiertos e inclusivos; y déficit de capital social (capacidad de los ciudadanos para trabajar colaborativamente) y articulación de ciudadanos para la participación en las decisiones ambientales.

**De alcance**, en cuanto a oportunidad (tardía, porque el proyecto ya concluyó su etapa de diseño), así como de los ámbitos o temas a los que la participación se refiere (las observaciones ciudadanas deben ser fundadas y enfocarse en aspectos estrictamente ambientales); y

\* Espacio Público, Desafíos para una Política Pública en base a dos décadas de aprendizaje, Documento de referencia N° 27, Enero de 2016.

**Operacionales**, esto es, situaciones de desigualdad que resultan de restricciones de recursos, información y apoyo técnico para la participación; déficit de representación en los espacios de participación; diseño de los espacios de participación, es decir los ciudadanos sienten inequidad respecto a la consideración de sus opiniones, ya que consideran que no serán escuchadas.

Estas deficiencias producen finalmente una **crisis de legitimidad de las decisiones ambientales**, por tanto, es necesario introducir mejoras en materia de PARTICIPACIÓN, de manera que esta implique un relacionamiento TEMPRANO, que no se limite solo a los ciudadanos que hayan presentado observaciones, en el marco del SEIA.

3.- Es necesario la creación de un **ÓRGANO AUTÓNOMO Y TÉCNICO que realice procesos imparciales de mediación**, por lo tanto no puede depender del Ministerio del ramo, ni compartir funciones de fiscalización.

Integrado por profesionales expertos en mediación y equipos multidisciplinarios.

¿Sistemas de Registros y Acreditación? ¿Provisión directa de los servicios? Ejemplo: Mediación familiar Licitada en Chile y servicio privado versus modelo de la Defensoría Penal Pública.

¿Qué forme parte del Poder Judicial?

Posibilidad de recurrir a Criterios Objetivos para introducir razón en la mediación. Informes independientes de la voluntad de las partes (no realizados a medida por Consultoras contratadas al efecto).

Finalmente, la incorporación de la Mediación para resolver conflictos en materia de inversiones, debe entenderse como un mecanismo más que debe operar en forma secuencial y coordinado con otros, dentro de una normativa coherente que permita a los ciudadanos resolver efectivamente los conflictos en tiempos razonables, ya sea a través de procesos de participación efectivos (FACILITACIÓN); MEDIACIÓN; Conciliación; Arbitraje o Tribunales Ambientales.