

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

**ESTADO ACTUAL, PROBLEMAS
EXISTENTES Y PROPUESTA
DE SOLUCIONES**

**MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
DIRECTORA**

**RAÚL CARNEVALI, JORDI DELGADO, CAROLINA RIVEROS,
ISAAC RAVETLLAT Y RODRIGO PALOMO
COORDINADORES**



THOMSON REUTERS

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
ESTADO ACTUAL, PROBLEMAS EXISTENTES Y PROPUESTA DE SOLUCIONES

© MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA (DIRECTORA)

2018 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 289378 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 950 - 9

1ª edición abril 2018 Legal Publishing Chile

Tiraje: 250 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE,
A MÁS DE 10 AÑOS DE SU ESTABLECIMIENTO

MARÍA SOLEDAD LAGOS OCHOA*

RESUMEN: Este artículo hace una revisión de la Historia de la Ley que consagró la mediación familiar en Chile, a fin de reflexionar acerca de la institucionalización de la misma, transcurridos 10 años desde su establecimiento.

El año 2004 la Ley de Tribunales de Familia N° 19.968¹ consagró la Mediación Familiar, de carácter voluntaria y como una alternativa al juicio, sin embargo, al poco andar y ante el colapso de los nuevos tribunales se determinó una modificación normativa a través de la Ley N° 20.286, de 15 de septiembre de 2008,² en la que se estableció la obligatoriedad de la mediación cuando se refiriera a las siguientes materias: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. El Sistema Nacional de Mediación Familiar es administrado por el Ministerio de Justicia, que a través de su Unidad de Mediación, se avoca a la contratación y control de los servicios licitados que otorgan mediación (a la fecha se han realizado cuatro llamados nacionales, en los períodos 2006-2009; 2009-2012; 2012-2015, y 2016-2018); los pagos correspondientes, y los estudios necesarios para efectuar ajustes al sistema.³ El Ministerio, a través de sus Secretarías Regionales

* Abogado, Mediadora del Consejo de Defensa del Estado, Mediadora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a cargo de la cátedra de Solución Alternativa de Conflictos y de la Clínica de Actos y Contratos, mslagos@derecho.uchile.cl,

¹ Ley N° 19.968, de 2004.

² Ley N° 20.286, de 2008.

³ Ver página oficial del Ministerio de Justicia del Sistema Nacional de Mediación, donde constan las materias mediables, los centros, la nómina de mediadores inscritos, documentos, estadísticas, etc.

Ministeriales, administra el Registro Único de Mediadores, conformando las nóminas de los mediadores habilitados conforme al territorio jurisdiccional de las Cortes de Apelaciones, debiendo cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 112 de la Ley N° 19.968.⁴

El Mensaje que dio inicio a la Ley que crea los Tribunales de Familia y que propuso incorporar la mediación familiar en Chile, es del año 1997 y surgió en el gobierno de Eduardo Frei, siendo Ministra de Justicia Soledad Alvear. En él se planteó la necesidad de incorporar normativamente la mediación, consagrando un sistema de resolución de conflictos no adversarial, en el que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayudara a las partes a encontrar por sí mismas una solución a su conflicto. Lograr que los legisladores y las autoridades de la época visualizaran a la mediación como un mecanismo adecuado para la resolución de conflictos familiares e identificaran la figura de un mediador constituyó un tremendo logro y avance en la difusión de la mediación en nuestro país.

A la luz de lo señalado en la Historia de la Ley se planteaba que “... Con el objeto de que la mediación sea una opción efectiva y eficaz para las partes, y considerando que se prevé su aplicabilidad a otros ámbitos, esta institución se regulará en un cuerpo legal distinto de la presente iniciativa, que se presentará próximamente a la consideración de ese H. Congreso Nacional. Dicho texto contendrá el diseño de un sistema de mediación anexo a los tribunales en materias de familia, el cual equilibra razonablemente un criterio de especificidad –se trata de regular la mediación para conflictos

⁴ Los requisitos para formar parte del Registro Único de Mediadores de familia son:

a. Poseer un 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.

b. Poseer un título o diploma de especialización en mediación y en materias de familia o infancia, impartido por alguna Universidad o Instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en materias de mediación, familia o infancia, el cual deberá acreditar estudios de, a lo menos, 180 horas teóricas y 40 horas de práctica efectiva. Del total de horas teóricas, un mínimo de 80 deberán estar centradas en el proceso de mediación.

c. 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, y

d. 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.

jurídicos en asuntos de familia con la generalidad que necesariamente debe tener un sistema cuyo uso interesa promover y estimular en otro tipo de conflictos...”⁵

A la Comisión de Familia concurrieron miembros del Colegio de Mediadores,⁶ que hablaban de su experiencia como mediadores ya sea en la Corporación de Asistencia Judicial u otros Centros de Mediación. Todos fueron contestes en los beneficios de este mecanismo para los ciudadanos y en la necesidad de visualizar la familia como un sistema que debía ser acogido y no llevado al enfrentamiento, lo que necesariamente se produce en una lógica contradictoria, abandonándose la lógica lineal en la apreciación de los hechos y la necesidad de prueba para lograr certeza acerca de la ocurrencia de los mismos. La introducción de estas ideas en la resolución de conflictos, considerados jurídicos, también es un gran aporte de la mediación, permitiendo la intervención de un conflicto familiar, de manera tal que no nos quedemos en la lectura estrecha y limitada de un ganador y un vencido.

También se enfatizó en la necesidad de que esta modalidad necesitaba de un enfoque interdisciplinario para abordar integralmente los conflictos familiares, de manera tal que se realizara un trabajo de equipo en el que “... intervienen abogados, psicólogos y asistentes sociales, lo que permite lograr soluciones integrales...”, así “... los abogados, por ejemplo, logran enriquecer su apreciación de los conflictos con la ayuda de psicólogos y asistentes sociales, lo que les permite también, al actuar como mediadores, sugerir soluciones más variadas, que van en beneficio de las partes. El aporte de otros profesionales les ha permitido entender que los problemas de las personas son mucho más complejos de lo que aparentan y que no es posible resolverlos desde la perspectiva de una sola disciplina...”⁷ Además,

⁵ Mensaje N° 81-336 del Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Santiago, noviembre 3 de 1997, p. 13.

⁶ Entidad gremial que se formó el año 2002 y como tal su principal objeto es “... promover la racionalización, desarrollo, difusión, perfeccionamiento y protección de la actividad profesional de la mediación, y de las conexas a dichas actividades comunes”. Ver *Estatuto del Colegio de Mediadores de Chile A.G.*, artículo 3.

⁷ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 73.

desde el punto de vista de los usuarios de los centros de mediación, se hizo presente que, en general, las personas se sienten acogidas por el proceso de mediación, permitiendo que las partes pueden utilizar dicho aprendizaje para solucionar problemas futuros (prevención). Por su parte, los representantes de los magistrados también estaban de acuerdo con la consagración de la mediación, fundamentalmente en aras de descongestionar los tribunales, de manera tal que los jueces pudieran avocarse a resolver con más tiempo las causas más complejas.

Se tuvo en consideración durante la discusión de la ley, que siendo el uso de la mediación un elemento nuevo en nuestra cultura jurídica, a fin de testear y socializar la aplicación de la mediación en materias de familia, el Ministerio de Justicia había llevado a cabo, desde septiembre de 1997, un plan piloto de mediación anexa a tribunales con la participación de tribunales de menores y civiles, los cuales ofrecían a las partes, en forma voluntaria, la posibilidad de resolver su conflicto a través de la mediación. Los resultados obtenidos por ese programa fueron muy alentadores. En efecto, un 59% del total de casos ingresados en 1998 terminaron con un acuerdo. En relación con el grado de cumplimiento de los acuerdos, investigaciones preliminares indicaron que en un 80% de los casos dichos acuerdos se habían cumplido total o parcialmente. Esa era a la fecha la experiencia cuantitativa que permitía arriesgarse a crear este sistema de mediación.⁸

En ese contexto, el Ejecutivo formuló el 30 de mayo de 2001 una indicación sustitutiva al Proyecto de Ley que Creaba los Tribunales de Familia (Boletín N° 2118-18), en la que se señaló “...Tratándose de una técnica relativamente nueva en nuestro país, a la cual se asigna un papel tan importante, como el de constituir una alternativa a la jurisdicción, resulta indispensable adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar, por una parte, que se preste este servicio en todos los puntos de nuestro país y, por otra, que este servicio sea de óptima calidad en todas partes...”; “... Al respecto es necesario tener presente que, si bien los servicios de mediación serán dispensados por mediadores o centros de mediación privados,

⁸ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 74.

la responsabilidad estatal se encuentra comprometida con la calidad de este servicio, puesto que es el Estado quien deriva a las partes a mediación cuando ellas solicitan la intervención judicial para resolver un conflicto de relevancia jurídica...”⁹.

De esta manera, se propuso que el sistema de mediación anexo a Tribunales de Familia, fuera administrado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial a través del Departamento de Mediación, a quien le correspondería (art. 95):

- 1) Crear y llevar el Registro de mediadores de familia.
- 2) Autorizar a los organismos de formación de mediadores para actuar como tales.
- 3) Otorgar becas para acceder a programas de formación.
- 4) Fijar las bases para las licitaciones regionales de servicios de mediación.
- 5) Llamar cada tres años a licitación para la prestación de esos servicios en cada región.
- 6) Elaborar anualmente el presupuesto necesario para el funcionamiento del sistema de mediación anexo a tribunales y administrar en conformidad a la ley los recursos que le sean asignados.
- 7) Realizar las inspecciones a que se refieren los artículos 125 y siguientes de la Ley de Tribunales de Familia.
- 8) Aprobar los informes que evacuen los prestadores del servicio de mediación.
- 9) Recibir los reclamos que se formulen respecto de los prestadores de los servicios de mediación.
- 10) Todas las demás funciones que esta ley le asigna.¹⁰

Además, en aras de la calidad:

⁹ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 238.

¹⁰ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 265.

1. Se creaba un Registro de Mediadores (artículo 97), administrado por este Departamento, dividido en secciones correspondientes a los territorios jurisdiccionales de las Cortes de Apelaciones del país, debiendo cada mediador inscribirse en la sección correspondiente al territorio en que ejercerá sus funciones. Con todo, un mediador podría inscribirse en más de una sección. Podrían ser mediadores de familia todos aquellos profesionales del área de las Ciencias Humanas y Sociales, con experiencia profesional previa, que hubieran aprobado un curso de formación en mediación familiar en alguno de los organismos reconocidos por el Departamento y que contaran con una oficina o recinto adecuado para desarrollar el proceso de mediación.

2. A objeto de resguardar la calidad técnica del servicio de mediación, se regulaban cuidadosamente las condiciones en que sería posible ofrecer, por parte de entidades académicas y centros de mediación, la formación de mediadores y los programas de formación de mediadores que debían ser aprobados por el Departamento de Mediación, en la medida que entregaran a los alumnos los principios, conocimientos, destrezas y criterios necesarios para desempeñarse como mediador familiar (con una fase teórico-práctica, cuya duración no podría ser inferior a 80 horas y que debería estar constituida en sus dos terceras partes por actividades prácticas que fomentaran la participación de los alumnos y una pasantía destinada a complementar la formación teórico-práctica consistente en la participación observante del alumno en no menos de 10 casos de mediación, con la supervisión de un mediador experimentado, donde el pasante asumiera responsabilidades en el proceso de mediación en forma gradual). Este Departamento, según las necesidades existentes en el país, podría otorgar anualmente un número determinado de becas para acceder a programas de formación. La selección de estos becarios se realizará en base a criterios de excelencia académica, idoneidad profesional y capacidad económica de los postulantes.

La selección de los mediadores que prestarían servicios a los Tribunales de Familia, se haría mediante licitaciones a nivel regional, en conformidad a las bases que para este efecto fijara la Corporación Administrativa del Poder Judicial, en conformidad a las disposiciones de esta ley y su reglamento. El Departamento de Mediación llamaría a licitación en cada región del país cada tres años. El correspondiente llamaría señalaría el número de causas que se licitarían, el que debía ser igual al proyectado para el próximo período de tres años para la respectiva región. La decisión de la licitación

sería siempre pública y fundada. En caso de que se declarara desierta la licitación (artículo 115), la Corporación Administrativa del Poder Judicial podría celebrar convenios directos con particulares o instituciones, que figuren en el Registro, por un plazo fijo, para el desempeño de las funciones de mediación.

En cuanto a los valores de los servicios de mediación el artículo 116 contemplaba los siguientes criterios: 1) Pago base: En aquellos casos en que las partes no concurren ante el mediador, o comparecieran solamente a una sesión sin lograr acuerdo de las partes, el mediador recibirá un pago que se determinará en la licitación respectiva (no superior a \$ 7.967).

2) Pago dos: Tendría lugar cuando las partes concurren a dos o más sesiones con el mediador, sin acuerdo entre las partes, el mediador recibirá como pago 3.65 veces el pago base.

3) Pago tres: Las causas en que las partes llegan a un acuerdo para solucionar el conflicto y sea homologado por el tribunal respectivo, independiente del número de sesiones realizadas, el valor del servicio de mediación será 8.17 veces el pago base.

Además se establecía que en aquellos casos en que la oficina de mediación a la cual las causas fueron adjudicadas se encuentre a una distancia superior a 40 kilómetros del tribunal, el mediador deberá trasladarse a la localidad del tribunal de menores o tribunal de letras al cual el beneficiario presentó la causa, para lo cual se le otorgará una asignación por transporte, cuyo monto se determinará en la licitación, adicional a la remuneración por causa que corresponda cuando la mediación se realice en la oficina del mediador.

Las personas e instituciones que prestaran servicios de mediación a los Tribunales de Familia, estarían sujetas a mecanismos de control: 1) Inspecciones 2) Informes periódicos y responsabilidad previstos en esta ley.

La Corte Suprema debió informar su parecer acerca de este proyecto señalando que "... La mediación no está debidamente institucionalizada hasta ahora, salvo la situación regulada en la Ley Indígena N° 19.253, que establece una suerte de mediación obligatoria ante la Conadi para determinados conflictos entre indígenas, es decir, versa específicamente sobre

una situación en materias de interculturalidad. No hemos avanzado en la aplicación de los sistemas alternativos de solución de conflictos, no obstante que por el aumento considerable de los litigios existen evidentes problemas de solución y respuesta pronta a través del sistema judicial ordinario. Esta realidad –compartida por la mayoría de los países de Iberoamérica– motivó la atención de la VI Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas de Iberoamérica, celebrada recientemente en Santa Cruz de Tenerife. En su declaración final, respecto a este punto, se acordó expresar que, en el Estado de Derecho, la paz social constituye uno de los anhelos de todas las comunidades y que conscientes de esta responsabilidad, los Poderes Judiciales de nuestros respectivos países, asumíamos el compromiso de propiciar, además de la justicia formal, otorgada por el juez natural, que integra la jurisdicción permanente en los diferentes Estados, la implementación del sistema de solución alternativa de conflictos, como manera de satisfacer, en términos razonables, las demandas ciudadanas de justicia. Para ejecutar tales propósitos, la mencionada Cumbre acordó, entre otras, las siguientes acciones a seguir: propiciar programas de sensibilización, difusión y capacitación en la materia y promover la comunicación e intercambio sistemático de información entre las Unidades de Resolución Alternativa de Conflictos, a fin de compartir estrategias que beneficien a todos los países y aprovechen los resultados para mejorar los sistemas de este tipo en Iberoamérica. El proyecto mencionado, junto con disponer que los servicios de mediación serán dispensados por mediadores o centros de mediación privados, reconoce la responsabilidad que le cabe al Estado en tan importante función y prevé que esos servicios se dispondrán y regularán por un departamento especializado que se crea al efecto en la Corporación Administrativa del Poder Judicial, organismo que, como se sabe, depende directamente de esta Corte Suprema...”¹¹.

Posteriormente, el proyecto fue revisado por las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia, y su informe final se emitió el 16 de abril de 2003. En los respectivos debates la diputada señora Guzmán (“... observó la inconveniencia de que este Departamento dependa de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, debido a la mala evaluación relativa a la capacidad de gestión de esta última, creyendo que sería más

¹¹ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 296.

adecuado constituirlo como una dependencia del Ministerio de Justicia...” y señor Bustos (“... que no parecía adecuado que si se buscaba desjudicializar un importante número de situaciones, se entregara la administración del sistema precisamente al Poder Judicial, sin perjuicio, además, del riesgo de que este poder no lo administre con la suficiente independencia y lo considere como un servicio de segundo orden...”), expresaron que la supervisión, control, registro y administración de los recursos del sistema de mediación correspondiera al Ministerio de Justicia del cual dependería el Departamento de Mediación y el Ejecutivo, acogiendo la proposición de la Comisión, presentó una indicación sustitutiva que fue aprobada por unanimidad.

En cuanto a la función de “Fijar las bases para las licitaciones regionales de servicios de mediación, el diputado señor Luksic indicó que los términos “servicios de mediación” podrían dar a entender la existencia de un servicio público. No siendo así, le parecía más lógico sustituir dichas expresiones por una referencia directa a los mediadores, opinión que la Comisión acogió por unanimidad. Manteniéndose la posibilidad de que los mediadores se inscribieran en más de una sección de los territorios jurisdiccionales.

En cuanto a los requisitos para ser mediador, “... La diputada señora Guzmán, concordando con la opinión del diputado señor Luksic, sostuvo que no le parecía necesario exigir un título profesional para desempeñarse como mediador, sino que tener una verdadera vocación acompañada de una adecuada capacitación y el sometimiento a una evaluación final. Creyó necesario exigir, además, un test o prueba inicial antes de la capacitación, para verificar la existencia de la necesaria calidad humana, agregando que le parecía que el hecho de no contar con título profesional, no podría constituirse en un factor de menoscabo si la eficiencia podía demostrarse por la evaluación final, relativa a la eficacia lograda en la solución del conflicto”.

La diputada señora Soto consideró restrictiva la exigencia del título profesional, pareciéndole suficiente la realización del curso de capacitación acompañado de una verdadera vocación de servicio público.

El diputado señor Bustos creyó necesaria la exigencia del título profesional referido a las áreas señaladas, toda vez que ello evidenciaba la existencia de vocación. El curso de capacitación debería abordarse como un posgrado, ya que de lo contrario podría producirse una situación de

menosprecio por parte de la judicatura. En todo caso, deberían ampliarse las áreas de las ciencias señaladas, a fin de dar cabida a los médicos, especialmente, a los psiquiatras.

La diputada señora Allende coincidió con la exigencia de título profesional, pero el curso de capacitación debería ser a los menos un posgrado de un año para evitar la implementación de estos cursos sin mayor rigor. Creyó necesario que se tratara de títulos no solamente otorgados por universidades, sino también por institutos profesionales, a fin de incluir a las asistentes sociales egresadas de esas instituciones y a los terapeutas familiares.

La diputada señorita Saa coincidió con la necesidad del test inicial para verificar la necesaria existencia de inteligencia emocional en el postulante, como también que la capacitación debería abordarse como un posgrado de por lo menos dos años...”. Se mantuvieron los mecanismos de control y fiscalización (inspecciones e informes periódicos) y se agregó reclamaciones. Se discutieron latamente las normas sobre responsabilidad y sanciones y se mantuvieron éstas.¹²

Llamado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento el señor Jorge Burgos,¹³ a la fecha Presidente del Colegio de Mediadores de Chile A.G., señaló que el debate público no había sido lo suficientemente informado respecto de la mediación familiar y aún subsistían numerosos equívocos en el ámbito legislativo. Entre muchos otros comentó sobre el “organismo de administración y supervisión del sistema de mediación” y le pareció cuestionable que este se conciba como un simple departamento, órgano de rango medio, jerárquicamente dependiente del Ministerio de Justicia.

Postuló que tal administración y control debería ser encomendada a un Consejo Superior de Mediación, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionara con el Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia. Ello permitiría resguardar suficientemente su autonomía respecto de la administración central e, incluso, la neutralidad del sistema, además

¹² *Historia de la Ley N° 19.968*, pp. 430 y ss.

¹³ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 1147.

de exhibir un adecuado nivel institucional para relacionarse con el Poder Judicial.

En cuanto a los organismos de formación de mediadores, le pareció cuestionable la indicación N° 216, del Ejecutivo, según la cual sólo se permitiría a las universidades formar mediadores, ya que esta fórmula es injustificadamente excluyente y discriminatoria con diversas instituciones y centros académicos que no tienen carácter universitario y que han venido formando mediadores en forma exitosa desde hace varios años.

Respecto a los valores de los servicios de mediación estimó que éstos eran extremadamente bajos e incompatibles con el adecuado funcionamiento institucional del sistema de mediación familiar¹⁴, señalando que “... La fijación de aranceles bajos implica el grave riesgo de establecer un sistema de mediación desfinanciado y condenado a desvirtuarse o fracasar por falta de interés de los mediadores mejor calificados y, consecuentemente, una baja sustantiva de la calidad del servicio, todo lo cual tiende a desacreditar toda una construcción discursiva y una práctica institucional de mediación familiar levantada con esfuerzo en los últimos ocho años por sectores profesionales, instituciones académicas y asistenciales, con el patrocinio oficial de los últimos dos gobiernos.

Si bien se trata de funciones diferentes, los aranceles que ha fijado la Defensoría Penal Pública para ciertas gestiones del nuevo proceso penal no guardan ninguna proporción con los establecidos para la mediación familiar. La gestión más parecida a la función que cumple la mediación en los procesos de familia es la referida a los acuerdos reparatorios, cuyo valor es de \$ 342.051. En síntesis, los valores establecidos resultan incongruentes con las exigencias profesionales establecidas en el mismo proyecto para el

¹⁴ El proyecto establece tres categorías de pago: valor base máximo (mediación frustrada en la primera sesión): \$ 7.967; valor dos (valor máximo a pagar en caso de mediación sin acuerdo luego de dos o más sesiones, equivalente a 3.65 valor base): \$ 29.079, y valor tres (valor máximo a pagar por una mediación con acuerdo, independiente del número de sesiones, equivalente a 8.17 valor base): \$ 65.090. *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 458.

ejercicio de la mediación familiar representan un signo de desvalorización social de la misma”¹⁵.

La Comisión de Constitución también escuchó para su segundo informe de nuevo a diversas instituciones y personas que desarrollaban a la fecha actividades de mediación, incluido el Colegio, siendo redactora de las propuestas la señora Marcela Fernández Saldías, Coordinadora General de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso a dicha fecha, y a don Felipe Viveros Caviedes, dirigente del Colegio de Mediadores de Chile A.G.¹⁶, que entre otras cosas se refirieron a diversos tópicos:

I. Mecanismo amplio de entrada al sistema de mediación, entendido este de forma previa al juicio como un medio, no un fin, con el propósito de masificar la mediación para producir una rápida socialización de este nuevo mecanismo, lo cual garantizaría, a su vez, la operatividad del principio de selectividad del sistema y, consecuentemente, su descongestión en etapas tempranas.

II. Reconocimiento de los mediadores habilitados en el sistema de mediación anexo a tribunales inscritos en el Registro,¹⁷ de manera que todos los mediadores que presten servicios para el sistema estuvieran inscritos en un Registro de Mediadores, que certifique la idoneidad profesional, la formación necesaria y los demás requisitos para operar con los tribunales, reconociendo implícitamente a los referidos profesionales el carácter de ministros de fe, por cuanto las actas de mediación firmadas por el mediador y las partes, y que luego serán aprobadas por el juez, tendrán valor y efecto de cosa juzgada, lo cual implica que el mediador da fe pública respecto del hecho que las partes firmaron ante él voluntariamente; de la fecha del acta; y de que se produjo acuerdo contenido en el acta, en cuanto a los derechos y obligaciones que consignados. De esta manera “... el sistema de mediación anexo a tribunales cerrado sólo a mediadores de Registro tiene por objeto asumir la responsabilidad del Estado por la calidad técnica de los servicios de mediación que se institucionalizan desde el sistema judicial y

¹⁵ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 1147.

¹⁶ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 1179.

¹⁷ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 1182.

resguardar que las personas que cumplen una función de fe pública estén supervisadas por la autoridad, y sujetas a control y sanciones en caso de mal uso de dicha facultad...”¹⁸. Ello implica que se garantice la idoneidad de los mediadores reconocidos por el sistema de mediación anexo a tribunales y que el Estado sea responsable por las facultades de fe pública con las que se instituye a los mediadores.

III. Garantía legal de exigencia de formación especializada en mediación familiar para los mediadores habilitados en el sistema de mediación anexo a tribunales.

IV. Sistema de financiamiento general mediante régimen de licitación pública de servicios de mediación. El proyecto contempló un sistema de licitación conforme con el cual el Estado proveerá de servicios de mediación en todo el territorio nacional, de acuerdo con la distribución territorial de los nuevos tribunales, a un costo sumamente modesto, según el presupuesto aprobado por el Ministerio de Hacienda para este proyecto. Se expresa que, no obstante los montos asignados a licitación son insuficientes, es preferible dicho mecanismo y no un sistema que entregue la mediación en asuntos de familia a las reglas del mercado, estableciendo la gratuidad excepcionalmente para los sectores de bajos recursos y, como regla general, el costo del servicio de cargo directo de las familias interesadas. Sería una forma de asegurar que en Chile no opere el sistema y, en el largo plazo, que no se desarrolle una cultura de mediación, confinándola a un lugar de “justicia dulce” o de tono menor sólo susceptible de implementarse como una opción de carácter asistencial (vía privilegio de pobreza o atención en las Corporaciones de Asistencia Judicial).

V. Necesidad de un organismo autónomo de administración y supervisión del sistema de mediación

“El proyecto aprobado en el primer trámite constitucional contempla el Departamento de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia, como organismo encargado de la administración y control del sistema de mediación anexo a los tribunales de familia. Si no se compartiera su creación, no puede soslayarse

¹⁸ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 1182.

que exista un cierto soporte administrativo para el sistema de mediación contemplado en el proyecto. En tal sentido, la figura óptima de administración y control del registro de mediadores y, en general, del sistema de mediación, debería corresponder a un organismo público de carácter autónomo, que podría denominarse “Consejo Superior de Mediación” u otro que el legislador considere adecuado...”¹⁹.

La Comisión estuvo de acuerdo con acoger los aspectos medulares de dichas propuestas, esto es, abrir amplias posibilidades para que se sometan a mediación los conflictos familiares, aun antes de ejercerse una acción jurisdiccional; establecer que todos los mediadores que presten servicios para el sistema deben estar inscritos en un Registro de Mediadores y obligar a que el reglamento considere requisitos de formación técnica y práctica especializada en mediación familiar, posterior al título profesional.

No compartió la idea, como tampoco lo hicieron los señores representantes del Ejecutivo, de crear un nuevo organismo público que tuviese a su cargo la administración del sistema²⁰.

A más de 10 años del establecimiento de la mediación familiar a cargo de una Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia, podemos reflexionar, evaluar y analizar cómo opera el sistema, considerando los argumentos que se tuvieron en cuenta al tiempo de su establecimiento y el desconocimiento natural de los legisladores respecto a cómo y bajo qué condiciones incorporar nuevas formas de resolución de conflictos en el escenario nacional, la institucionalización de la mediación familiar, vinculada al órgano encargado de velar por la provisión del servicio y al mecanismo que se recurre para ello, básicamente, la licitación pública:

1. Un primer elemento a considerar, desde el punto de vista orgánico, es la entidad que gestiona y coordina la provisión del servicio público de mediación, una Unidad del Ministerio de Justicia.

La Unidad de Mediación, dependiente jerárquicamente de la División Judicial del Ministerio de Justicia, fue creada en el año 2006 mediante

¹⁹ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 1186.

²⁰ *Historia de la Ley N° 19.968*, p. 1187.

Resolución Exenta N° 15 y en la página oficial de dicho servicio se señala que “... la Unidad de Mediación es la repartición técnica e interdisciplinaria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, responsable de la Administración del Sistema Nacional de Mediación Familiar, cuyo principal objetivo es asegurar la provisión del servicio de mediación sin costo para los usuarios a nivel país, en cada uno de los territorios jurisdiccionales de los juzgados con competencia en asuntos de familia.

Las principales actividades que realiza la Unidad de Mediación son las siguientes:

1. Coordinar la contratación de los servicios de mediación familiar de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Contratación Pública.
2. Velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en cada uno de los contratos celebrados para la prestación del servicio de mediación familiar.
3. Apoyar en la administración del registro de mediadores familiares que lleva cada Secretario Regional Ministerial de Justicia y Derechos Humanos, de acuerdo a lo señalado en el artículo 112 de la Ley N° 19.968.
4. Efectuar la contratación de estudios y auditorías que permitan asegurar la calidad del servicio de mediación familiar.
5. Promover y difundir la mediación familiar como un mecanismo válido de resolución de conflictos.
6. Fomentar la coordinación interinstitucional para un adecuado funcionamiento del sistema”.

Según lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 656, de 2016, de la Subsecretaría de Justicia, esta Unidad cuenta con aproximadamente 11 funcionarios: Coordinador Unidad de Mediación; Secretaria; Encargado Área Administración de Contratos, Encargado Área Control de Gestión y Soporte Informático; Encargado Área de Pagos; Encargado Subárea de Contratos; Encargado Subárea de Atención Ciudadana.; Encargada Subárea de Inspecciones y Auditorías.; Encargado Subárea de Capacitación y Gestión de Estudios; Encargado Subárea de Control de Gestión y Presupuesto; Encargado Subárea Desarrollo, Mantenimiento y Soporte.

En términos generales, el servicio de mediación es gratuito, respecto de las materias en que procede obligatoriamente. Entre los años 2010 y 2014 ingresaron al sistema más de 1.062.444 causas, alcanzándose aproximadamente en términos generales un 40% de acuerdos.²¹

Dado el volumen de los servicios, que cubre todo el territorio nacional, ¿es posible que una Unidad con un número tan acotado de funcionarios pueda hacer ajustes, fiscalizar, capacitar en forma continua, etc.?

Sumado a ello, es importante considerar que los ministerios son estructuras públicas muy sensibles a los cambios de gobierno y, por tanto, las políticas públicas implementadas o los acentos en determinadas áreas pueden variar, de manera tal que se resta continuidad a las directrices que se establezcan en determinadas administraciones.

Por ello, y de acuerdo a la Historia de la Ley analizada en este artículo la mediación familiar originalmente se radicaba en la Corporación Administrativa del Poder Judicial a través del Departamento de Mediación, y la idea base era que este mecanismo se extendiera a otras materias, en el seno de dicho Departamento.

2. Por otra parte, los Centros de Mediación que cumplen las bases de licitación, no son entes públicos propiamente tales y ello determina que la finalidad en la provisión del servicio se vincule más bien al cumplimiento de las condiciones del contrato adjudicado y no necesariamente a la satisfacción de los intereses públicos comprometidos. En Chile no existen mediadores familiares públicos y todo el servicio es ofrecido vía licitación o a través de centros privados.

En este sentido, el texto “La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura”, señala en cuanto al modelo de provisión de los servicios de mediación familiar, que “... El mecanismo para proveer los servicios de mediación es otro factor que, a nuestro juicio, incide en la calidad del proceso. Conforme a la regulación

²¹ Informe Estadístico Sistema Nacional de Mediación. Fuente: Sistema Informático de Mediación Familiar (Simef) (2014).

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

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

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

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

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

Llama la atención la decisión tomada por el Ejecutivo en este punto, pues al momento de definir el sistema a aplicar existía un núcleo de me-

diadores familiares con larga experiencia y vasta formación provenientes de los centros de mediación de las corporaciones de asistencia judicial, quienes podrían haber asumido esta función por vía institucional. Muchos de ellos participaron en experiencias piloto previas a la dictación de la Ley de Tribunales de Familia, experiencias que tenían por objetivo precisamente evaluar la aplicación futura de la mediación.

Por las consideraciones anteriores, creemos que el sistema de provisión de servicios de mediación gratuita existente –a cargo sólo de mediadores licitados– no es el modelo más adecuado, ya que puede obligar al Estado contratar a profesionales que no tengan suficiente experiencia para asumir el desafío de trabajar con familias en crisis, sólo con el fin de asegurar la cobertura del servicio a nivel nacional...²².

En el mismo sentido, conforme al Informe Final de la Auditoría al Modelo de Contratación de Servicios de Mediación Familiar, preparada para el Ministerio de Justicia por el Centro de Sistemas Públicos del Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile (diciembre 2013), se establece la siguiente Propuesta de Mejora de la Gobernanza del Sistema, considerando las siguientes recomendaciones (entre otras) para perfeccionar el sistema actual, “... generar un sistema y estructura permanente de revisión de calidad (Consejo de Calidad). No existe una unidad especializada en el desarrollo de la calidad técnica del sistema. Se recomienda estudiar la generación de una unidad que se especialice en calidad del sistema en sus aspectos técnicos. Sería recomendable que esta unidad cuente con un consejo de expertos de sólida reputación (incluso, con expertos internacionales) que dé pautas de calidad al sistema y orientación estratégica a esta función. Este consejo, o una parte de él, podría evaluar propuestas metodológicas. Este mismo consejo podría aprobar políticas y métodos de control de calidad. En esta línea se debiera propiciar la fiscalización aleatoria por muestras y sin previo aviso. Esta fiscalización debiera ocurrir en casos de mediación real, salvaguardando la confidencialidad e intimidad de los procesos (para esto se sugiere que las partes den su consentimiento previo para dicha

²² CORREA (2010), p. 127.

fiscalización de la labor del mediador, garantizando que ello sólo se usará para tal fin y protegiendo el anonimato de las partes).

– Necesidad de mejor supervisión de calidad. Se recomienda establecer un sistema habitual de monitoreo con la posibilidad de retroalimentar a los mediadores en relación a su desempeño. Asimismo, se debe regular en las bases de licitación y contrato la posibilidad de observación directa de mediaciones, mediaciones con tutoría y comediaciones.

– Mejorías al Registro. Se recomienda estudiar una reforma al Registro poniéndolo a estándar de las mejores prácticas internacionales, en cuanto a sus requisitos de inscripción y mantención. El Registro tiene regulación a nivel de reglamento en su mayor parte, así que el Ministerio podría modificarlo en todo aquello no expresamente determinado por la Ley N° 10.968, y dentro del principio de juridicidad, en función de mejorar calidad de los mediadores, para obligar a una actualización más frecuente de los antecedentes clave, y para generar un mecanismo de verificación de antecedentes (se levantaron algunos antecedentes que señalan que no existiría esta verificación). Esto último, además, facilitaría la labor de evaluación.

– Falta de institucionalización adecuada de la Unidad de Mediación. Se recomienda estudiar una institucionalización adecuada, por ejemplo, generándose una unidad en la estructura orgánica del Ministerio de Justicia o generándose un servicio público de mediación. Esta institucionalización no tiene por qué significar un exceso de costos si es que se diseña con cuidado.

– Complejidades y limitaciones derivadas de la contractualización del servicio. Se recomienda estudiar otras alternativas de modelos o generar modelos mixtos para aprender cuál es la mejor manera de funcionamiento.

– Se recomienda generar seminarios y espacios de diálogo con tribunales para resolver los problemas de disparidad de criterios y discutirlos desde una perspectiva técnica como manera construir criterios comunes.

– Otra posibilidad es impulsar cambios legislativos (mucho más lento y complicado).

– Se recomienda diseñar un programa permanente de comunicación masivo, pero especialmente focalizado en territorios y sectores sociales más vulnerables, para dar a conocer el Sistema de Mediación Familiar.

– Problemas en la derivación desde tribunales. Se recomienda estudiar más en detalle esta problemática y coordinarse con tribunales para generar medidas que tiendan a aumentar el registro y, en general, a mejorar la función de derivación.

– Falta de tiempo dedicado a los procesos de mediación. Se recomienda mejorar los incentivos, guías y sensibilización de esta variable para mejorar dicho promedio. Otra idea que se podría experimentar es transparentar el promedio de sesiones de todos los centros publicando los datos en la página *web*.

– Se recomienda la utilización de la técnica de ‘usuario incógnito’ para detectar sesgo en el trato de algunos centros en relación al tipo de usuario y recabar información sobre la calidad de la mediación.

– Se sugiere obtener retroalimentación por parte de los tribunales de familia y Cortes de Apelaciones en cuanto a la calidad de los acuerdos enviados por el mediador, y otros aspectos de interés en la prestación de los servicios de mediación. ...²³⁻²⁴.

²³ “Auditoría al Modelo de Contratación de Servicios de Mediación Familiar, Informe final preparado por el Centro de Sistemas Públicos del Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile (2014).

²⁴ Esta misma auditoría planteó la necesidad de terminar con el sistema de pago basal en base a la figura de “causas mediadas con acuerdo” y avanzar hacia pago por “tiempo de mediadores”, por existir suficiente evidencia que la modalidad de pago por “mediación con acuerdo” sesga fuertemente el sistema hacia una forma de gestión que pone en riesgo su calidad y resultados de largo plazo. Por este motivo, se recomienda generar un pago base en función de “tiempo contratado” por mediador. En otras palabras, no se debiera pagar por “producto”, sino por “dedicación” de los mediadores.

La mayor ventaja de esta alternativa es que los mediadores deberían poner más foco en la calidad del proceso de mediación. Los mediadores no estarían tan incentivados a “sacar producción”, sino en “hacer lo que tienen que hacer”.

Esta recomendación se basó fundamentalmente en la revisión de la experiencia de la Defensoría Penal Pública que evolucionó desde un sistema de pago por producto hacia uno por “contratación de jornadas laborales de los abogados contratados”. En entrevistas con encargados

3. Finalmente, es indispensable considerar a la mediación familiar como parte de una política pública coherente, estructurada en torno a una orgánica que goce de la suficiente autonomía para impulsar el desarrollo e incorporación normativa de los mecanismos Rad en nuestro país.

Ello puede darse a través de la creación de un órgano independiente o formar parte de un órgano con la independencia y recursos suficientes para poder desarrollar en el tiempo servicios de calidad, y esa institución podría ser el Poder Judicial.

El verdadero acceso a la justicia se alcanza cuando ofrecemos a las personas una multiplicidad de opciones para alcanzar una real solución a sus problemas, sin importar la vía legítima por la cual se opte. El fin de la justicia y de la protección de los derechos no puede ser confundido con la asistencia a tribunales ni la existencia de procedimientos judiciales. Se requiere de un Nuevo Sistema de Solución de los Conflictos Civiles y Comerciales, que aleje la idea del enjuiciamiento civil como opción única, integrando una amplia visión de los diversos mecanismos adecuados de solución de conflictos. Sin embargo, es conocido por todos que esta reforma no se visualiza en un futuro cercano y, por ello, en este escenario poco auspicioso resultó tan interesante la propuesta de la Dirección de Estudios del Poder Judicial de los llamados Centros de Justicia Ciudadanos, a través de los que se pretende el abordaje de conflictos de manera sistémica en causas civiles, familiares, laborales y comunitarias, considerando una etapa preventiva (a través de educación de derechos y de solución pacífica de conflictos) y, en caso de que sea necesario (cuando no baste la prevención), mediante el acceso a un servicio de resolución que considere mediación, conciliación, facilitación inicial, derivación a programas sociales y, en última instancia, proceso judicial.

Este proyecto fue elaborado en base a un diagnóstico acerca del estado del sistema actual de justicia en nuestro país, a través de la formación de mesas de trabajo con actores pertenecientes a la sociedad civil, concluyéndose que la respuesta estatal es insuficiente en cuanto a la satisfacción de

del sistema de Defensoría Pública se señaló que el sistema de pago por producto, que en el caso de ellos era “causas terminadas”, provocó malas prácticas que afectaron la calidad del servicio.

Dicha recomendación fue implementada posteriormente.

las necesidades jurídicas de las personas, produciéndose desconfianza de éstas en las instituciones y altos grados de conflictividad. Este proyecto pretende acercar el Poder Judicial a la comunidad e instalar el diálogo como base de la resolución de conflictos, permitiendo el acceso a la justicia y la recomposición del tejido social.

Otra posibilidad intermedia, dado que una reforma integral al proceso civil se ve muy lejana, podría ser la incorporación de la mediación de forma obligatoria respecto de los conflictos civiles y comerciales en forma previa, manteniendo el esquema actual de los procesos civiles y comerciales, a cargo del Poder Judicial o de otra entidad que brinde garantías de independencia, autonomía y capacidad técnica, en cuanto a especialización para dirigir y administrar un servicio de mediación a nivel nacional.

Esta deficiencia, en cuanto a la institucionalidad que alberga la provisión de un servicio de resolución colaborativa de conflictos, tiene una explicación más profunda que se vincula al acceso y calidad de la justicia en nuestro país, ya que el Estado chileno no ha definido una política pública en este sentido, ni ha sido prioridad en cuanto a destinación de recursos. Al respecto, el profesor Carlos Peña señala que “el objetivo a alcanzar puede ser definido como el de brindar la posibilidad, a los sujetos de derecho, de acceder a la tutela judicial o, de otro lado, ese mismo objetivo puede ser definido como la posibilidad de acceder con el menor costo posible a un procedimiento efectivo— no necesariamente judicial— de tutela de los propios derechos. La diferencia entre ambas formas de definir el objetivo de bienestar en estas materias, se aprecia fácilmente al advertir que la primera definición conduce, como objetivo de política pública, a la creación de más tribunales o a la mejora de su eficiencia, en tanto que la segunda definición puede conducir— y de hecho ha conducido en el derecho comparado— a diversificar las formas de resolución, alternando los mecanismos alternativos, y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto. De entre esas dos formas de definir los objetivos de una política pública en esta área —lo que he llamado el problema del óptimo social—, creo que hay buenas razones para optar por el segundo objetivo en vez del primero, es decir, creo que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos. En otros términos, me parece que es necesario tender a diseñar y alentar una protección accesible, plural y

heterogénea, y no necesariamente jurisdiccional y estatal, de protección de derechos...”²⁵.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS DEL DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL DE LA FACULTAD DE CIENCIAS FÍSICAS Y MATEMÁTICAS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (2014): “Auditoría al Modelo de Contratación de Servicios de Mediación Familiar”, Informe final, en página oficial del Sistema Nacional de Mediación. Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/pagina/wp-content/uploads/2014/12/Informe-Final-U-Chile.pdf> [visitado el 25.04.2016].
- CORREA, Paula (2014): “La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, Nº 2, p. 129.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (2016): “Propuesta de Centros de Justicia Ciudadanos”, en: página oficial. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/index.php/noticias/470-poder-judicial-presenta-propuesta-de-centros-de-justicia-ciudadanos> [visitado el 3.05.2016].
- PEÑA, Carlos (1997): “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, pp. 109-132. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf [visitado el 14.12.2017].
- MEDIACIÓN CHILE, página oficial del Ministerio de Justicia del Sistema Nacional de Mediación. Disponible en <http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/> (visitado el 14.12.2017).
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2015): “Informe Estadístico Sistema Nacional de Mediación”. Fuente: *Sistema Informático de Mediación Familiar* (Período: 1 de junio de 2009 al 31 de diciembre de 2014), en: página oficial. Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/pagina/wp-content/uploads/2015/01/Informe-Estad--stico-01.06.2009-al-31.12.2015.pdf> [visitado el 25.04.2016].

²⁵ PEÑA (1997), p. 7.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004.

Ley N° 20.286, de 15 de septiembre de 2008.