

Nºs 223-224
Año LXXVI
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2008
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LA MEDIACION PREVIA Y OBLIGATORIA EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA ESTABLECIDA POR LA LEY 20.286. UN ANALISIS COMPARATIVO

BORIS FIEGELIST VENTURELLI
Profesor de Resolución Alternativa de Conflictos
Universidad de Concepción
Universidad San Sebastián

INTRODUCCION

Dentro de los aspectos más destacados de la Ley 20.286, de fecha 15 de septiembre de 2008, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley que creó los Tribunales de Familia, es la introducción de la mediación previa y obligatoria en las causas relativas al derecho de alimentos, al cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular (visitas). Sin embargo, esa reforma está muy lejos de ser una real innovación en la materia, ya que el proyecto original de los Tribunales de Familia, presentado con fecha 5 de noviembre de 1997 ante la Cámara de Diputados, ya establecía la mediación previa y obligatoria en estas mismas materias. No obstante, dicha idea fue desechada durante la tramitación del proyecto, pues –en definitiva– la ley que entró a regir el 1 de octubre de 2005 instituyó la mediación únicamente como un mecanismo voluntario. Cabe preguntarse entonces: ¿Por qué luego de un poco menos de tres años de aplicación de la ley debemos descartar el sistema de mediación implementado, y volver a la misma idea que ya había sido propuesta once años antes?

El presente artículo tiene por objeto realizar un estudio comparativo del sistema de mediación previa y obligatoria tal como es concebido por la Ley 20.286 y el primitivo proyecto de la misma ley que creó los Tribunales de Familia del año 1997.

En primer término, se precisará el concepto de mediación previa y obligatoria y su compatibilidad con el principio de la voluntariedad de la

mediación. Posteriormente, para realizar el pretendido análisis comparativo no sólo se tendrá en consideración los textos de las normas o proyectos, sino que también la tramitación parlamentaria de la misma, con la finalidad de determinar las reales diferencias entre los distintos cuerpos normativos.

Concepto de mediación previa y obligatoria y el principio de la voluntariedad

La mediación tradicionalmente se ha definido como “un método de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable”¹. En esta misma línea, la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia establece que “Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación 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”².

De estas y otras definiciones³ se puede extraer que la mediación no es otra

¹ Lowry, L. Randolph y Harding, Jack: “Mediation. The art of facilitating Settlement”. Institute for Dispute Resolution. Pepperdine University Press, Malibu, EE.UU., 1995, pág. 75. Citado en: Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo y Padilla, Roberto: *Negociación y Mediación*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina. 2da. Edición, pág. 199.

² El proyecto original de la ley crea los Tribunales de Familia en el inciso segundo de su artículo 23, a propósito de los principios formativos del procedimiento, establecía que “para todos los efectos legales, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos no adversarial, en el que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución a su conflicto”. (Véase: Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Mensaje N° 81-336 de fecha 3 de noviembre de 1997. Boletín N° 2.118-18 Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pgs/index.html>. Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008). Posteriormente, en la primera discusión del proyecto por la Comisión de Familia de la H. Cámara de Diputados, dicha definición legal fue trasladada del mencionado artículo a su ubicación actual (véase omisión de Familia de la H. Cámara de Diputados: “Informe de la Comisión de Familia acerca del Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia” de fecha 20 de julio de 1999, pág. 53. Boletín N° 2.118-18. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008). Finalmente, la redacción actual de la ya mencionada definición fue establecido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, durante el Segundo Trámite Constitucional de este proyecto. Al efecto dicha Comisión consideró superfluo el calificativo de “no adversarial”, y estimó conveniente agregar que también se busca solucionar los efectos de tal conflicto (Véase informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que crea los tribunales de familia. Boletín N° 2.118-18, de fecha 13 de julio de 2004, pág. 145. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

³ En este mismo sentido resulta interesante considerar la Normativa Modelo de Mediación norteamericana (Uniform Mediation Act), adoptada por la Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de la Leyes Estatales en Estados el año 2001, que, en el apartado primero de su segunda sección, define la mediación como un proceso en el cual un mediador facilita la comunicación y negociación entre partes para ayudarlas a alcanzar un acuerdo voluntario respecto a su disputa (véase Kovach, Kimberlee: *Mediation. Principles and Practice*. West Group, Saint Paul, MM, EE.UU., Tercera Edición, 2004, pág. 565).

cosa que una negociación, con la sola diferencia de que en el caso que nos ocupa interviene un tercero ajeno a la disputa que asiste a las partes para alcanzar una solución a la misma.

Cabe destacar que dicha característica es transversal a los distintos modelos que se han desarrollado para estructurar el proceso de mediación, en los cuales pueden variar sus etapas y objetivos o el rol del mediador, pero no el hecho de ser una negociación entre partes.

Asimismo, de esta circunstancia se derivan algunos de sus elementos o principios esenciales, tales como la igualdad⁴, la neutralidad y la voluntariedad, que de no estar presentes en una mediación implicaría desnaturalizarla, transformándola en una institución completamente distinta. Así por ejemplo, si un mediador dejara de ser imparcial y comienza a defender la postura de uno de los involucrados se convertiría en un agente o mandatario de dicha persona. De igual modo, si este tercero imparcial tuviera poder decisorio sobre la controversia sería más bien un juez árbitro, pero nunca un mediador.

En cuanto al carácter esencial de la voluntariedad tiene su origen en la regla de que nadie puede negociar si no desea hacerlo. Sin el consentimiento de todas las partes involucradas no hay posibilidad de negociar. En el campo de la mediación el mencionado principio se traduce en las siguientes consecuencias:

Primero, nadie puede ser obligado a resolver un conflicto únicamente a través de la mediación.

Segundo, las partes, una vez sometido un caso a mediación, se pueden retirar cuando lo deseen del proceso de mediación. Es más, nadie puede ser obligado a asistir a una sesión de mediación, incluso aquella persona que ha promovido la mediación, como también en los casos en que la mediación es previa y obligatoria al ejercicio de una acción judicial, como más adelante lo veremos. El texto actual de la Ley 19.968 consagra el principio de la voluntariedad en su artículo 105 letra b) al establecer que "...durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan:

... "b) Voluntariedad: por el que los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión, o en cualquier otro

⁴ La igualdad es un principio esencial de la mediación ya que para que pueda desarrollarse una negociación en términos normales las partes deben encontrarse en un pie de igualdad relativo de modo que ninguna de ellas pueda imponer su voluntad a la otra. Por ejemplo, esta característica explica el hecho de que ciertas materias no sean susceptibles de ser mediadas, como por ejemplo, las causas relativas a violencia intrafamiliar en que normalmente no hay un notable desequilibrio de poder entre la víctima y el ofensor.

momento durante el procedimiento, alguno de los participantes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se tendrá por terminada”.

Esta regla es aplicable incluso al mediador. Es así como unas de las causales por las cuales la mediación se frustra, conforme al inciso final del artículo 111 de la antes mencionada ley, es por la decisión unilateral del mediador que quien, en cualquier momento, adquiera la convicción de que no se alcanzará acuerdos puede colocar término al proceso que conduce.

Y tercero, ninguna fórmula de acuerdo puede ser impuesta a una parte por el mediador. Lo que en el caso de nuestra legislación se deriva de la propia definición de mediación del artículo 103 de la ley que establece que el mediador carece de poder decisorio y del principio de la imparcialidad, consagrado en el artículo 105 letra d) de la misma ley.

Una de las importantes decisiones de política legislativa, vinculada con el principio en comento, que se debe adoptar al instaurar la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de controversias, en cualquier ámbito que se desee aplicar, es si el uso de este proceso es totalmente facultativo o si en ciertos y determinados casos se debe intentar de manera previa y obligatoria el ejercicio de una acción ante los tribunales de justicia.

A primera vista, lo natural y obvio sería pensar que siempre la mediación debe ser facultativa, de modo que las personas involucradas en un conflicto pudieran decidir libremente si someten o no su controversia a mediación o al aparato jurisdiccional del Estado, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el carácter voluntario de la mediación. En consecuencia, cabe preguntarse si la mediación previa y obligatoria es o no compatible con el principio de la voluntariedad y cuáles son las razones que motivan a la autoridad a instaurar la mediación en esta forma.

En cuanto a la primera pregunta, debemos consignar que la contradicción es más aparente que real, ya que esta forma de implementar la mediación sólo sería incompatible con el ya señalado principio si se estableciera que en una determinada materia la única vía de solución de un eventual conflicto fuese la mediación, pues en ese evento se privaría en forma absoluta a las partes de su posibilidad de elegir la vía por la cual desean dirimir una determinada controversia. Por ende, la elección de la mediación no estaría vinculada a una decisión de las partes sino más bien a una imposición de la autoridad o de la ley.

Por el contrario, el carácter forzoso de la mediación previa y obligatoria se encuentra relacionado con la generación de una instancia de diálogo entre las partes asistido por un mediador, más que con el proceso de mediación como

medio de solución de conflictos. Por ello, a pesar de que el sujeto activo de una determinada pretensión debe provocar obligatoriamente una instancia de mediación, si no se encuentra interesado en negociar podría frustrar dicho proceso por dos vías: la primera, no compareciendo derechamente a las audiencia de mediación a que sea citado o, si comparece, manifestando su voluntad de no perseverar en la mediación. Por su parte, la persona contra quien se dirige una determinada pretensión y se le invita a una mediación dispone de los mismos caminos que enunciamos precedentemente para frustrarla.

Tal como se puede apreciar de la lectura de los párrafos anteriores, la carga de provocar la mediación recae sobre quien pretende ejercer una acción ante los tribunales de justicia, ya que si desea demandar deberá acreditar que se ha intentado la mediación y que la misma ha fracasado por algunas de las causales que la ley establece. Vale decir, el haber intentado el proceso de mediación es un requisito de la admisibilidad de la demanda. Por el contrario, el sujeto pasivo de la pretendida acción no tiene carga alguna pues es absolutamente libre para aceptar o rechazar la invitación a mediar.

En consecuencia, si una o ambas partes, en una materia que conforme a la ley debe someterse a mediación de manera previa y obligatoria, no tiene la voluntad de mediar no está obligado a hacerlo, pues aun cuando exista una obligación de provocar la mediación, existen mecanismos para desahuciarla aún en ese caso. Dicho de otra forma, la obligatoriedad consiste en “provocar la mediación” o comparecer a la primera sesión convocada por el mediador, como ocurre en Argentina⁵ y no en negociar en el contexto de una mediación, que son dos cosas distintas, por lo cual la denominada mediación previa y obligatoria es perfectamente compatible con el principio de la voluntariedad anteriormente referido.

En cuanto a la segunda interrogante, su respuesta la encontramos fundamentalmente en la implementación de políticas públicas destinadas a mejorar la calidad, percepción y acceso a la justicia. El éxito de la mediación como mecanismo complementario de descongestión de los tribunales de justicia se encuentra estrechamente vinculado a la aceptación cultural de los mecanismos

⁵ Esta obligación de comparecencia se contiene en el artículo 6 inciso primero de la Ley 24.573 de Argentina, publicada en el Boletín Oficial de ese país con fecha 27 de octubre de 1995 al disponer que “El mediador dentro del plazo de 10 días de haber tomado conocimiento de su designación, fijará la fecha de la audiencia a la que deberán comparecer las partes”. Por su parte el inciso segundo del artículo 10 de la citada norma establece que si la mediación fracasare por la incomparecencia de algunas de las partes a la primera sesión de mediación se deberá abonar una multa equivalente a dos veces la retribución básica que le corresponde recibir al mediador por su gestión.

alternativos de solución de controversias como una forma válida y eficaz de resolver los conflictos por la población en un determinado país. Un sistema de mediación enteramente facultativo podría cumplir eficientemente el objetivo de política pública antes mencionado en aquellas sociedades en que la negociación directa y la mediación se encuentran arraigadas y son valoradas por la ciudadanía como una vía más de solución de sus disputas de relevancia jurídica⁶. Es por ello que algunos autores conciben a la mediación previa y obligatoria como una etapa transitoria hasta que el uso y ventajas de la mediación se masifiquen⁷. Adicionalmente, se han indicado como ventajas de esta manera de implementar la mediación, entre otras, las siguientes: a) elimina el temor para la parte que desea proponer la mediación de ser percibida como un signo de debilidad⁸; b) Permite educar y difundir entre las partes y los abogados los beneficios de la mediación, creando así un cuerpo entrenado de mediadores, extendiendo las bondades de la mediación a personas que desconocen sus ventajas y, finalmente, fomentando el uso voluntario de la mediación⁹. Lo anterior se demuestra en el caso de Argentina que en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, desde abril de 1996 al 31 de agosto de 2005, 183.065 casos (de un total de 858.396 en ese período) fueron derivados a mediación y retornaron al sistema sólo el 35,07 % para continuar con el proceso judicial¹⁰; y c) Se produce un importante ahorro de

⁶ Así, por ejemplo, en los Estados Unidos en los casos civiles a nivel federal la derivación de casos a mediación es entregada fundamentalmente a los jueces de Distrito, quienes fundamentalmente en base a las reglas locales de cada corte pueden decidir sobre la derivación de un caso a un programa de mediación en el contexto de las audiencias prejudiciales. Esta disposición se encuentra contenida en la regla 16(c) (9) de la Ley Federal de Procedimiento Civil de los Estados Unidos que autoriza a las Cortes de Distrito Federales, en el contexto de las audiencias prejudiciales (equivalente cercano a nuestras audiencias preparatorias en los juicios orales), para tomar las acciones que estime apropiada para: (9) buscar arreglo entre las partes o utilizar procedimientos especiales para asistirlos en la resolución de su disputa (entre ellos la mediación) cuando ello es autorizado por ley o por las reglas locales del tribunal (véase: Riskin, Leonard y Westbrook, James: "Dispute Resolution and Lawyers" (American Casebook Series), West Group, Saint Paul, Minn. Estados Unidos, segunda edición, 1998. Apéndice A: Ley Federal de Procedimiento Civil de los Estados Unidos, pág. 378.

⁷ Al respecto podemos citar las opiniones de Gladys Alvarez y Helena Highton (ambas argentinas) y de Frank E. Sander (norteamericano) contenidas en: Kuhner, Tomoty K.: Mediación Obligatoria desde el punto de vista comparativo: los casos de Argentina y los Estados Unidos", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Nova Southeastern University Shepard Broad Law Center, Fort Lauderdale, Florida, EE.UU., verano 2005, volumen 1, número 3, págs. 706 y 707.

⁸ Menkel-Meadow, Carrie, Love, Lela y Schneider, Andrea: *Mediation. Practice, Policy and Ethics* Aspen Publisher, Nueva York, NY, EE. UU., 2006, pág. 286.

⁹ Menkel-Meadow, Carrie, Love, Lela y Schneider, Andrea. ob. cit., pág. 286.

¹⁰ Alvarez, Gladys Stella: "Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El Modelo de la Mediación Prejudicial, anexa o conectada con Tribunales Civiles y Comerciales en Argentina. Diez años de experiencia". En: Centro de Estudio de Justicias en las Américas, CEJA: *Arbitraje y Mediación en las Américas*. Santiago, Chile, 2007, pág. 34.

costo para los sistemas de justicia que implementan programas de mediación previa y obligatoria. Es así como el análisis de cifras de las experiencias de cortes federales en los estados de Pensilvania, Oklahoma, Texas y Nueva York en los Estados Unidos demuestra que las Cortes de Distrito ubicadas en los mencionados estados tienen un ahorro aproximado de US\$1.776.190 dólares por año, tomando como base que en promedio cada tribunal deriva alrededor de 360 casos a mediación y de ellos un 47% en promedio terminan en acuerdo. El mismo estudio señala que aun cuando sólo el 5% de esos casos terminara en acuerdo, igualmente se produciría un ahorro de US\$13.000 dólares anuales, a pesar de que se debieran absorber el costo de mediación y litigación del restante 95% de los casos¹¹.

Sin embargo, los sistemas de mediación previa y obligatoria han sido objeto de algunas críticas.

En primer término, se ha señalado que dado al carácter forzoso del proceso estaría en contradicción la voluntariedad que naturalmente debería tener la mediación, existiría una menor posibilidad de alcanzar acuerdos en comparación con los programas de mediación facultativos. No obstante, existen estudios en los Estados Unidos que han probado lo contrario, vale decir que la tasa de acuerdos no se reduce o, si lo hace, es de un modo muy marginal comparado con los programas de mediación voluntaria¹².

En segundo término, se ha indicado que la obligatoriedad en este caso podría crear presiones indebidas a las partes para alcanzar acuerdos que se podrían traducir en resultados injustos, lo cual sería especialmente aplicable en los casos que existiera un desequilibrio de poderes entre los participantes del proceso. En ese evento la parte más débil sería más vulnerable a tales presiones. Nuevamente, esas críticas han sido refutadas por estudios. Así, por ejemplo, estudios realizados de los efectos de la mediación obligatoria en dos tipos de tribunales en los Estados Unidos, Tribunales Civiles de Primera Instancia (Common Pleas Courts) y Tribunales de Reclamaciones Menores (Small Claim Courts). Los estudios compararon la mediación obligatoria y voluntaria en términos de resultados y de las partes y de la evaluación de los abogados. Dichos estudios revelaron escasas diferencias de evaluación entre estos dos sistemas. Asimismo, igual resultado se pudo apreciar dentro de los programas de mediación obligatoria al comparar los

¹¹ Kuhner, Timothy. ob. cit., pág. 711.

¹² Wissler, Roselle: "The effect of mandatory mediation: Empirical research on the experience of Small Claim Courts and Common Plea Courts" (33 Willamette L. Rev. 565, págs. 565-566 (1997)). Citado en: Menkel-Meadow, Carrie, Love, Lela y Schneider, Andrea. ob. cit., pág. 287.

resultados entre litigantes hombre versus mujeres y entre litigantes blancos y no blancos^{13, 14}.

En resumen, existen razones de peso para sostener que en un país como Chile, con una tradición orientada al litigio, la mejor alternativa para implementar un sistema de mediación es hacerlo, a lo menos en ciertos casos, de una manera previa y obligatoria.

Análisis comparativo

Con el fin de ordenar y acotar nuestro estudio comparativo será dividido en los siguientes aspectos: a) Forma en que se organiza el sistema de mediación; b) Gradualidad de la implementación del sistema de mediación previa y obligatoria; c) Procedimiento de designación del mediador en la mediación previa y obligatoria; y d) Reglas especiales aplicables a los casos de mediación previa y obligatoria.

a) Forma en que se organiza el sistema de mediación

El proyecto original de Tribunales de Familia presentado al Congreso Nacional, con fecha 3 de noviembre de 1997, por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle establecía en su artículo 60¹⁵ en materia de mediación, como regla general la mediación facultativa en todas las materias de competencia de estos tribunales. Por vía de excepción, se disponía que en ciertas materias, taxativamente indicadas, el uso de la mediación estaba prohibido (artículo 61 del proyecto). De igual modo, se instituía la mediación previa y obligatoria a la interposición

¹³ Wissler, Roselle. ob. cit., pág. 287.

¹⁴ Asimismo, resulta interesante consignar que un estudio realizado en el estado de Connecticut comparó 200 acuerdos en materia de divorcio alcanzado en procesos de mediación con 200 casos de divorcios resueltos en el contexto judicial, tomando en consideración factores como duración del matrimonio, número de hijos y el distrito judicial donde se produjo la resolución del caso. Aunque no se observó mayor diferencia en cuanto al porcentaje de los ingresos familiares que la mujer recibía. Sí se pudo apreciar que la mujer en los casos sometidos a mediación obtenía un porcentaje mayor de los activos de la familia, recibía una mayor pensión alimenticia por un mayor número de años para ella y sus hijos en comparación a los casos resueltos por los tribunales (Véase: Menkel-Meadow, Carrie, Love, Lela y Schneider, Andrea. ob. cit., pág. 289).

¹⁵ El artículo 60 del proyecto original de los Tribunales de Familia establecía: "Artículo 60. Las restantes materias de competencia de los tribunales de familia, exceptuadas las señaladas en el artículo siguiente, podrán ser derivadas a mediación en cualquier estado de la causa hasta antes de la audiencia complementaria, mediante resolución que pronunciará el juez oyendo a las partes" (Véase: Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Cit.

de una demanda judicial en algunos casos indicados taxativamente en el artículo 59 del proyecto cuyo texto era el siguiente:

Artículo 59. Las causas relativas a alimentos, tuición y al derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo, el que se regirá por las normas de esta ley y por las de la ley que regule el sistema nacional de mediación.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa sometieron el conflicto a mediación ante mediadores habilitados en conformidad a la ley¹⁶.

El esquema antes descrito no sufrió mayores alteraciones por la indicación sustitutiva que el Ejecutivo presentó con fecha 30 de mayo de 2001, ya que tan sólo la antes citada norma pasó a ser el artículo 74 y se aclaró que el sometimiento a un procedimiento de mediación previa debía ser a “la presentación de la demanda”, frase no contenida en el proyecto original. Asimismo, la exención del inciso segundo de la norma se trasladó a su artículo 84.

Sin embargo, dicha situación fue alterada de manera sustancial en el segundo trámite constitucional del proyecto en comento, como se da cuenta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado de la República, de fecha 13 de julio de 2004¹⁷, ya que se aprobó la eliminación de la mediación previa y obligatoria, manteniéndose únicamente la mediación facultativa, como regla general, y los casos de mediación prohibida. Dicha modificación, finalmente se mantuvo inalterada en el texto primitivo del artículo 104 de la Ley 19.968, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 104. Procedencia de la mediación. Las materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso final, podrán ser sometidas a un proceso de mediación acordado o aceptado por las partes.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la Ley N° 19.325,

¹⁶ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Cit.

¹⁷ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado de la República, de fecha 13 de julio de 2004. Boletín N° 2.118-18. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente ley.

Sin embargo, no se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes; y los procedimientos regulados en la Ley N° 19.620, sobre Adopción.

Cabe preguntarse por qué el legislador varió la idea original del proyecto para, en definitiva, aprobar un sistema de mediación enteramente facultativa si todos los antecedentes indicaban que la mejor forma de instaurar la mediación en nuestro país era hacerlo de manera previa y obligatoria a la tramitación de una acción judicial, a lo menos en las materias más importantes.

Lamentablemente, la respuesta a tal interrogante a nuestro juicio la encontramos en el hecho de que este cambio fue simplemente una medida paliativa frente al hecho que a esa época no existían los recursos ni económicos ni humanos para garantizar el adecuado funcionamiento de la mediación previa y obligatoria¹⁸.

No hay que olvidar que la entrada en vigencia de la Ley de Tribunales de Familia coincidió con la puesta en marcha de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana, que durante un buen tiempo copó los requerimientos de recursos económicos del sector justicia.

Sin embargo, aun cuando se hubiere contado con los fondos necesarios para implementar este sistema, no se habría tenido el número suficiente de mediadores para garantizar en todo el territorio nacional el servicio de mediación como originalmente se propuso; ya que fuera de algunos esfuerzos aislados, como el programa piloto de Mediación del Ministerio de Justicia, los centros de mediación, las Corporaciones de Asistencia Judicial y los programas de algunas universidades, dicho mecanismo alternativo de solución de disputas era en aquel entonces prácticamente desconocido por los operadores y usuarios del sistema de justicia en materia de familia en Chile. Así, por ejemplo, es que hasta el año

¹⁸ Es así como el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado de la República, de fecha 13 de julio de 2004, cit., deja constancia de la siguiente observación: "Se han planteado reparos a las normas que establecían materias de mediación forzosa, las cuales exigían a las partes agotar una instancia previa de mediación antes de deducir la acción. La objeción se basa en considerar que el sistema no garantizaría, presupuestaría ni operativamente, la cantidad de mediadores necesarios para atender el gran volumen de casos de un flujo obligatorio en materias con alta incidencia en el tribunal, lo cual podría provocar un 'cuello de botella' que impediría o dilataría el acceso a la jurisdicción".

2003 la negociación y la mediación, prácticamente, no se encontraban presentes como asignaturas dentro de los planes estudio de casi la totalidad de las escuelas de Derecho en Chile, ni siquiera como una asignatura electiva¹⁹.

Si bien el cambio a un sistema de mediación enteramente voluntario obedeció a una realidad objetiva, omitió considerar el hecho de que en el diseño original de los Tribunales de Familia, la mediación era uno de sus presupuestos esenciales, pues debía cumplir la función de filtrar todos aquellos conflictos que podían ser resueltos de manera colaborativa entre las partes, para que sólo llegaran a la instancia de juicio los casos más delicados y complejos, ya que ésa es la única manera de que un tribunal, que utiliza procedimientos orales para tramitar sus ingresos, pueda funcionar de manera eficiente. Es así como el Ministerio de Justicia proyectó que, del total de los ingresos de los Tribunales de Familia, un 27%, podría ser solucionado por esta vía, basado en los ingresos de los Juzgados de Menores²⁰. Es un hecho de la causa que si en este tipo de procedimiento los mecanismos de filtro o derivación no operan de manera fluida, más temprano que tarde ello se traducirá en un colapso del sistema en general, dado que la oralidad limita el número de ingresos que un tribunal puede conocer de manera simultánea, a diferencia de los procesos que se basan en la escrituración.

Por desgracia, la hipótesis antes expuesta se cumplió a cabalidad ya que la mediación voluntaria fracasó rotundamente como mecanismo de filtro y descongestión de los Tribunales de Familia. En efecto, de acuerdo a información de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la derivación de casos a mediación tan sólo alcanzó a un 0,11% de los ingresos de dichos tribunales²¹. Esto se debió, principalmente, al desconocimiento y desconfianza que la mediación generó tanto en los operadores como en los usuarios de los tribunales de familia, como también a la demora e incertidumbre que rodeó inicialmente su implementación.

Como consecuencia del rotundo fracaso de la ley a poco menos de un año de su entrada en vigencia, el Ejecutivo presenta con fecha 17 de agosto de 2006 un proyecto destinado a corregir, entre otras falencias, el sistema de mediación anexo a los Tribunales de Familia, al cual se le introducen una serie de cambios.

¹⁹ Fiegelist Venturelli, Boris: "La Mediación: más allá de la terapia familiar". En: *La Semana Jurídica* N° 156, Santiago de Chile, semana del 3 al 9 de noviembre de 2003.

²⁰ Vargas, Macarena y otras: "Mediación Familiar y Género. Informe elaborado para el Servicio Nacional de la Mujer y la Fundación de la Familia". *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. N° 18, mayo 2008, pág. 21.

²¹ Vargas, Macarena y otras. ob. cit., pág. 23.

En la materia objeto del presente trabajo, este proyecto restablece la idea de la mediación previa y obligatoria de una manera muy similar a la que se contenía en el primitivo proyecto de ley que creó los Tribunales de Familia. En efecto, el nuevo texto propuesto para el artículo 106 de la Ley 19.968 establece la mediación previa y obligatoria en las mismas materias que el referido proyecto primitivo. No obstante es posible apreciar algunas diferencias de forma y fondo que a continuación pasamos a enunciar: En cuanto diferencias de forma ellas se refieren básicamente a estilo de redacción, lenguaje y ubicación. Así, por ejemplo, el proyecto primitivo habla de “tuición” para referirse a uno de los casos de mediación previa y el de la Ley 20.286 utiliza la expresión “cuidado personal”²².

En relación a las diferencias de fondo, se refieren a los siguientes tópicos:

En primer lugar, el proyecto primitivo no hacía referencia expresa a que la mediación previa se aplicaba incluso cuando las materias objeto de la misma se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, como sí lo hace la ley actual. No obstante, la indicación sustitutiva de dicho proyecto presentada por el Poder Ejecutivo incorporó una norma similar a la actual en su artículo 76 inciso 2²³, pero con un carácter residual, y posterior a la disolución o nulidad del matrimonio, si dichas materias no habían sido resueltas al pronunciarse de tales acciones o de común acuerdo entre las partes. En este punto parece más apropiada la norma actual, pues al resolverse dichas cuestiones de manera previa a la interposición de la demanda de divorcio se protege de menor manera los derechos de hijos menores y del cónyuge más débil de esa relación. Sin embargo, no deja de llamar la atención el hecho de que la ley actual sólo hace referencia a los juicios de divorcio o separación judicial y no a los juicios de nulidad de matrimonio. Por ende, conforme al tenor literal de la mencionada norma podría entenderse de que si en un juicio de nulidad de matrimonio de conformidad al artículo 89 de la Ley 19.947 (Nueva Ley de Matrimonio Civil) se deducen conjuntamente una demanda de alimentos o cuidado personal, no se debería

²² Cabe destacar que la palabra tuición fue posteriormente reemplazada por “cuidado personal” en indicación sustitutiva del proyecto que creaba los Tribunales de Familia, presentado por el Poder Ejecutivo con fecha 30 de mayo del 2001. Boletín N° 2.118-18. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

²³ El artículo 76 inciso segundo de la mencionada indicación sustitutiva disponía: “...Sin embargo, si en estos casos las cuestiones relativas a la tuición, régimen de visitas o alimentos de los hijos, y las cuestiones relativas al régimen patrimonial del matrimonio disuelto o anulado, no hubieren sido resueltas en conjunto con dicha declaración, ya sea por resolución judicial o en forma voluntaria y de común acuerdo por las partes, deberán someterse al procedimiento de mediación una vez ejecutoriada la sentencia, según dispone el inciso segundo del artículo 26 bis de la Ley de Matrimonio Civil”.

aplicar la mediación previa. Ello carecería de lógica, pues no existe razón alguna para establecer una regulación diversa sobre el particular entre una acción de divorcio o nulidad de matrimonio.

En segundo término, el proyecto primitivo de la ley que creaba los Tribunales de Familia no eximía del cumplimiento de la mediación previa en el caso de que se demande un divorcio culpable, fundado en la causal establecida en el artículo 54 de la Ley 19.947²⁴, como sí lo hace la norma aprobada por la Ley 20.286. Dicha excepción fue introducida a la ley mediante una indicación presentada por la H. senadora de la República Soledad Alvear en el Segundo Trámite Constitucional de la tramitación de la referida ley²⁵. La indicación parece acertada ya que en el supuesto de un divorcio culpable normalmente no existirán las condiciones necesarias para desarrollar un proceso de mediación, por lo que su imposición en este caso sería de muy escasa utilidad.

En tercer lugar, de acuerdo al proyecto primitivo de los tribunales sólo permitía eximirse del cumplimiento del trámite de la mediación previa, como lo establecía el artículo 59 inciso segundo, si se acreditaba "...que antes del inicio de la causa sometieron el conflicto a mediación ante mediadores habilitados de conformidad de la ley"²⁶. A diferencia de la norma actual que en su artículo 106 inciso segundo, además, contempla como causal eximente el hecho que las partes hubieren alcanzado en forma previa un acuerdo privado sobre estas materias. Dicha excepción tiene especial importancia en los juicios de divorcio o separación judicial en que las materias de mediación previa tienen un carácter accesorio a la acción principal. Por ende, tal omisión en la indicación sustitutiva del proyecto primitivo que creó los Tribunales de Familia puede explicarse por el hecho que en estos casos la mediación obligatoria sólo se aplicaba si una vez resuelta la acción, la disolución o nulidad del matrimonio, no existía acuerdo en estas materias entre las partes o no habían sido decididas por el juez al pronunciarse de las mencionadas acciones.

²⁴ Conforme al artículo 54 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947: "...El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común".

²⁵ Indicación N° 62 presentada por la H. senadora de la República Soledad Alvear durante la discusión en general del Proyecto de Ley, en Segundo Trámite Constitucional, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Boletín N° 4438. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

²⁶ Dicha exención fue mantenida en la indicación sustitutiva presentada por el Poder Ejecutivo, pero se trasladó al artículo 84 a propósito de la derivación de la causa de mediación obligatoria.

b) Gradualidad de la implementación del sistema de mediación previa y obligatoria

El proyecto original que creó los Tribunales de Familia establecía en su artículo 141 que “los tribunales de familia se instalarán gradual y progresivamente en la forma y plazo que determine el decreto con fuerza de ley para cuya dictación se faculta al Presidente de la República”²⁷. Posteriormente, con fecha 30 de mayo de 2001 la indicación sustitutiva que de dicho proyecto presentó el Poder Ejecutivo disponía en su artículo quinto transitorio un cronograma de implementación gradual por regiones de la pretendida ley, incluido el sistema de mediación, cuyo tenor era el que sigue: i) IV y IX regiones: 12 meses; ii) II, III y VII regiones: 24 meses; iii) I, XI y XII regiones: 36 meses; iv) V, VI, VIII y X regiones: 48 meses; y v) Región Metropolitana: 60 meses. Tales plazos se contarían desde la entrada en vigencia de esta ley. Curiosamente, es el propio Ejecutivo que dos años más tarde, en la discusión del proyecto ante la Comisión de Hacienda de la H. Cámara de Diputados, presentó una indicación para sustituir esa norma por otra que establecía un cronograma escalonado para la designación de jueces y demás funcionarios de los Tribunales de Familia²⁸. Tal indicación con cambios menores fue mantenida por la Ley 19.968.

A poco andar de la entrada en vigencia, el 1 de octubre de 2005, de la ley que crea los Tribunales de Familia, se pudo comprobar que su puesta en marcha simultánea fue un profundo error, pues dicha circunstancia unida a un breve periodo de vacancia de dicha ley (13 meses desde su promulgación con fecha 30 de agosto de 2004), impidió que esta importantísima reforma a la justicia de familia se implementara de manera adecuada²⁹, como se reconoce en el propio

²⁷ Dicha norma fue rechazada por la Comisión de Familia de la H. Cámara de Diputados, según da cuenta el primer informe de la referida comisión de fecha 20 de julio de 2009. Dicho rechazo se realizó a instancia de los propios representantes del Poder Ejecutivo, quienes explicaron que, “...después de haber efectuado algunos estudios adicionales, el Gobierno ha llegado a la conclusión de que esta norma podría adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad, razón por la cual se estima mejor eliminarla y regular la instalación gradual de los tribunales de familia directamente a través de la ley que fijará las plantas de dichos tribunales” (Véase Primer Informe de la Comisión de Familia de la H. Cámara de Diputados, de fecha 20 de julio de 1999, Boletín N° 2.118-18. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

²⁸ Véase Primer Informe de la Comisión de Hacienda de la H. Cámara de Diputados, de fecha 9 de junio de 2003. Boletín N° 2.118-18. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

²⁹ Para un análisis más detallado sobre este punto véase: Casas, Lidia y otros: “El funcionamiento de los Nuevos Tribunales de Familia: Resultados de una investigación Exploratoria”. Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, págs. 6 a 9. Disponible en: <http://www.bcn.cl/>

Mensaje del Ejecutivo con el cual se inició la tramitación de la Ley 20.286³⁰. Prueba de lo anterior, en el caso que nos ocupa, la licitación de los servicios de mediación sufrió un importante retraso, pues los servicios licitados sólo comenzaron a operar luego de 4 meses de la entrada en vigencia de ley en febrero de 2006, lo que impidió en ese período un funcionamiento normal del sistema de mediación³¹.

Ese error fue corregido por la Ley 20.286 que contempla un cronograma progresivo por regiones de aplicación del sistema de mediación previa y obligatoria en su artículo séptimo transitorio. Así, este sistema entra en vigencia en los siguientes plazos contados desde la publicación de la ley el 15 de septiembre de 2008: i) el 15 junio de 2009 entrará en vigencia en las regiones I, II, III, IV, VI, IX, XI, XII, XIV y XV; ii) 15 de septiembre de 2009, en las regiones V, VII, VIII y X; y iii) el 15 de diciembre del mismo año, en la Región Metropolitana³².

A nuestro juicio, dicho calendario es insuficiente ya que entre una y otra fase de implementación tan sólo existen tres meses. Lo cual puede hacer muy difícil detectar oportunamente los errores ni menos aprobar y poner en práctica las medidas correctivas del caso. Por ende, existe un serio riesgo de que los problemas del pasado se puedan repetir.

No debemos olvidar que el objetivo de la aplicación escalonada de una normativa, como ocurrió con la reforma procesal penal, es justamente descubrir tempranamente las falencias de la puesta en marcha de la misma en regiones con una menor densidad de población, de modo que cuando corresponda

carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-04-03.3112897324/informe_tribunalesdeFamiliaUDP_Final.pdf (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

³⁰ Véase. La sección II "Fundamentos del Proyecto" del Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y a otros cuerpos legales, de fecha 17 de agosto de 2006. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

³¹ Casas, Lidia y otros. ob. cit. pág. 25.

³² Esta norma transitoria fue introducida al proyecto de ley mediante una indicación del Poder Ejecutivo que originalmente propuso partir con la implementación en el primer grupo de regiones a los seis meses de entrada en vigencia la ley, para continuar con los siguientes grupos a los nueve y doce meses. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en uso de la autorización que confiere al artículo 121 del Reglamento del Senado, aprobó en forma unánime la idea propuesta, ampliando los plazos a nueve, doce y quince meses, respectivamente, de manera que no sea necesario, en un futuro próximo, ocurrir nuevamente al Congreso Nacional pidiendo su ampliación, por haber resultado insuficientes las estimaciones. Véase: Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que creó los tribunales de familia. Boletín N° 4.438-07. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

implementarla en las zonas más pobladas ya se encuentren corregidos tales inconvenientes.

c) Procedimiento de designación del mediador en la mediación previa y obligatoria

Conforme al texto del art. 107 de la ley de tribunales de familia aprobado por la Ley 20.286, la regla general es que las partes de común acuerdo pueden designar como mediador a cualquier persona que haya sido contratada para realizar este tipo de mediaciones por el Ministerio de Justicia, en cuyo caso tal proceso será normalmente gratuito³³. No obstante, la ley les otorga la posibilidad de elegir a cualquier mediador que se encuentre inscrito en el registro de Mediadores que lleva el Ministerio de Justicia, pero en ese evento los interesados deberán asumir el costo de la mediación. Dicha designación será comunicada conjuntamente por las partes mediante una presentación que contenga la individualización de los involucrados y la mención de la o las materias incluidas. Excepcionalmente, la designación puede realizarse por el juez en dos casos: i) a falta de acuerdo en la persona del mediador; y ii) si las partes manifiestan su decisión de dejar entregada la designación a la resolución del juez. Estas actuaciones podrán llevarse a cabo ante cualquier tribunal de familia y para ellas no se requiere patrocinio de abogado.

El esquema de designación antes descrito tiene por objeto resaltar el carácter prejudicial y desformalizado de la mediación, como lo demuestra la historia de la tramitación de la Ley 20.286 en este punto y a la que nos referiremos más adelante. Pero en la práctica es posible que se generen inconvenientes al momento de aplicarlo, pues se parte de supuestos errados, ya que en el mundo real lo normal es quien desea demandar la regulación de una pensión de alimento o disputar el cuidado personal de un menor no tenga la posibilidad de negociar o comunicarse con su contraparte para designar a un mediador. Por ende, si la ley establece que sólo se puede recurrir al juez para designar al mediador a falta de acuerdo, se nos genera el problema de cómo acreditar, en la situación antes descrita, que se intentó negociar con la contraparte para designar el mediador. ¿Podría el juez en ese caso

³³ El artículo 114 de la ley de Tribunales de familia aprobada por la Ley 20.286, establece: "Los servicios de mediación respecto de las materias a que se refiere el inciso primero del artículo 106 serán gratuitos para las partes. Excepcionalmente, podrá cobrarse por el servicio, total o parcialmente, cuando se preste a usuarios que dispongan de recursos para financiarlo privadamente. Para estos efectos se considerará, al menos, su nivel de ingresos, capacidad de pago y el número de personas del grupo familiar que de ellos dependan, en conformidad con lo que señale el reglamento".

citar a la contraria para provocar la designación de común acuerdo, si la ley no lo faculta para ello y expresamente el legislador ha establecido que ésta es una actuación prejudicial y desformalizada³⁴? Tales interrogantes no son solucionadas por ley. Asimismo, los problemas descritos precedentemente podrían ser especialmente graves en el caso de las futuras demandas de alimentos. No olvidemos que de acuerdo al artículo segundo de la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, la demanda de alimentos puede omitir la indicación del domicilio del demandado si éste no se conociera, por lo que sería prácticamente imposible que quien desea demandar contacte a la parte contraria para tratar de alcanzar un acuerdo sobre la persona del mediador.

Una forma de solucionar el problema expuesto sería forzar una interpretación de ley y “presumir” que en todas esas situaciones no ha existido acuerdo, lo cual a nuestro juicio sería una solución de parche pero completamente ilegal, ya que conforme al principio de legalidad establecido en el artículo sexto y séptimo de la Constitución Política de la República el juez no podría torcer el sentido de la ley, ni aun a pretexto de salvar una situación no prevista por el legislador.

En vista de lo anterior, lo deseable era que se hubiese establecido como regla general la designación del mediador por el juez, sin perjuicio de que las partes pudiesen designarlo si alcanzaban un acuerdo sobre el punto, informando así al juez.

Sorprendentemente, el inconveniente antes descrito existía en el proyecto original de la Ley 20.286, presentado al Congreso Nacional con fecha 16 de agosto de 2006, pues el procedimiento de designación del mediador en este caso establecía, como regla general, que al requerirse la intervención judicial en alguna de las materias en que la ley exige mediación previa, el tribunal procederá a la designación de un mediador licitado. Sin perjuicio de la posibilidad de recurrir, a su costa, a un mediador de los inscritos en el Registro de Mediadores que lleva el Ministerio de Justicia. A diferencia del texto aprobado en definitiva, la mediación obligatoria se insertaba dentro del proceso judicial y las partes no podían elegir de mutuo acuerdo a una persona dentro de los mediadores licitados si deseaban mantener la gratuidad de la mediación.

³⁴ Véase las indicaciones N° 63, 64 y 65 presentadas al proyecto contenidas en el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que creó los tribunales de familia. Boletín N° 4.438-07. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

Cabe destacar que la antes referida norma se encuentra inspirada en los textos del primitivo proyecto de la ley que creó los Tribunales de Familia del año 1997 y la indicación sustitutiva del mismo presentada por el ejecutivo del año 2001 que también insertaba la mediación dentro del proceso judicial³⁵ y establecían como regla general la designación del mediador por el tribunal, sin la posibilidad, en ninguna de las dos propuestas, de que las partes de común acuerdo pudieran designar al mediador.

La redacción actual del artículo 107 aprobada por la Ley 20.286 tuvo su origen en los reparos que durante la tramitación del proyecto de ley generó la idea de la mediación previa inserta como parte del proceso judicial.

Es así como mediante una indicación presentada por la H. senadora Soledad Alvear, se propuso sustituir en la propuesta de nueva redacción del artículo 106 de la Ley 19.968 la frase “previo a la tramitación judicial de la causa”, que fija la oportunidad para poner en marcha el trámite de mediación, por “previo a la interposición de la demanda”. La finalidad de tal cambio, explicó su autora, “es acentuar el carácter prejudicial de la mediación y hacer manifiesta su naturaleza diferente al rol jurisdiccional que compete al tribunal de familia”³⁶.

Con la misma finalidad, la H. senadora señora Alvear (Indicación N° 63) y los H. senadores señores Chadwick y Larraín (Indicación N° 64) y Espina

³⁵ El art. 62 del proyecto original de la ley que creó los Tribunales de Familia establecía que en el acto de presentación de la demanda, un funcionario especialmente calificado instruirá convenientemente a la demandante acerca de la mediación y su obligación de concurrir a la primera audiencia a que sea citado por el mediador. Sin perjuicio de lo anterior, en el mismo acto se procederá a abrir carpeta de la causa, la que será asignada a uno de los jueces de familia que compongan el tribunal, de acuerdo al sistema de distribución de causas aprobado por el juez presidente.

Por su parte, el art. 84 de la indicación sustitutiva del Ejecutivo señalaba que en los casos de mediación obligatoria, un funcionario especialmente calificado, determinado al efecto por el administrador respectivo, instruirá convenientemente a los interesados acerca de la mediación, del carácter previo de dicho procedimiento y de la obligación de concurrir a la primera sesión que sean citados por el mediador.

Su inciso segundo señalaba que para estos efectos el futuro demandante deberá concurrir al tribunal competente y anunciar su acción por medio de un formulario destinado a ese efecto, hecho lo cual tendrá lugar lo previsto en los artículos siguientes.

Su inciso tercero agregaba que en el mismo acto se procederá a abrir carpeta de la causa, la que será asignada a uno de los jueces de familia que compongan el tribunal, de acuerdo con el sistema de distribución de causas aprobado por el juez presidente.

Como se puede apreciar, la diferencia esencial entre ambas propuestas es que la primera de ellas exigía la presentación de la demanda para provocar la designación del mediador; y, la segunda, tan sólo anunciar la acción. Los textos de ambas propuestas se encuentran disponibles en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. Boletín N° 2118-18 (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

³⁶ La Indicación N° 62 fue presentada por la H. senadora de la República Soledad Alvear durante la discusión en general del Proyecto de ley, en Segundo Trámite Constitucional, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Boletín N° 4438. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

(Indicación N° 65) presentaron indicaciones, las cuales fueron tratadas conjuntamente, para dar la redacción actual de la norma y que hemos criticado en párrafos precedentes³⁷.

Aun cuando, desde el punto vista teórico las aprehensiones por situar a la mediación previa en el contexto de una tramitación judicial pudieran tener asidero. En la práctica, creemos que ello carece de relevancia, pues estudios realizados en los Estados Unidos demuestran que la tasa de acuerdos es muy similar tanto en programas de mediación obligatoria como voluntaria³⁸.

d) Algunas situaciones especiales aplicables a los casos de mediación previa y obligatoria

En este acápite del presente estudio dejaremos enunciados dos problemas de diseño que presenta el actual sistema de mediación previa y obligatoria, no mencionados anteriormente: i) Situación de las demandas reconventionales; y ii) la regulación de alimentos provisorios en el contexto de la mediación.

En cuanto al primer tema, éste no se encuentra regulado de manera expresa por la ley, como tampoco lo hacía el proyecto original ni la indicación sustitutiva de la ley que creó los Tribunales de Familia. Por ende, cabe preguntarse si la mediación previa procede en forma forzosa como condición para iniciar la tramitación de la demanda reconventional. Para responder afirmativamente, podemos argumentar que como el legislador no ha formulado distinción alguna debería proceder en ambos casos. En el mismo sentido, podría reafirmar esa postura el hecho de que la mediación voluntaria pueda provocarse durante el curso de la causa, hasta el quinto día anterior a la audiencia del juicio, por lo que éste no sería el único caso en que se puede producir una mediación dentro del contexto de un pleito ya iniciado. Sin embargo, a favor de la tesis contraria encontramos el hecho que el claro carácter prejudicial que el legislador le ha querido imprimir a la mediación previa se contradice con su aplicación cuando ya se ha comenzado la tramitación de una acción judicial.

En relación al segundo problema, si bien es atendible la preocupación que la aplicación de la mediación previa a una causa de alimentos podría haber

³⁷ Las indicaciones antes mencionadas fueron presentadas durante la discusión en general del Proyecto de ley, en Segundo Trámite Constitucional, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Boletín N° 4438. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

³⁸ Wissler, Roselle. ob. cit., pág.287.

desmejorado la situación de la persona que pretende demandar, ya que sin la aplicación de esa regla podría obtener la regulación de alimentos provisorios al proveerse la demanda, si se cumplen los supuestos legales. En cambio, con la norma propuesta, se debería esperar que la mediación se frustre para presentar la demanda y solicitar los alimentos provisorios, con lo cual se podría haber corrido el riesgo de que la mediación previa se hubiera utilizado inadecuadamente para dilatar el otorgamiento de alimentos provisorios.

No es menos cierto que la solución elegida por el legislador para contrarrestarla ha sido poco afortunada³⁹. En efecto, el texto actual del artículo 109 aprobado por la Ley 20.286 señala que “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”.

A lo menos resulta extraño y contradictorio que en el contexto de un mecanismo colaborativo se permita que una de las partes pueda recurrir a la justicia para demandar la regulación de un derecho en contra de la persona con quien se encuentra negociando.

Asimismo, no es consistente con el carácter prejudicial que se le ha querido dar a la mediación en este caso con el hecho de que se permita recurrir al juez para regular los alimentos provisorios. Más aún cuando se ordena aplicar una norma, el artículo 54-2 de la Ley 19.968, que supone la existencia de una demanda, denuncia o requerimiento admitido a tramitación en el tribunal. Por otra parte, cabe preguntarse, ¿debe considerarse dicha petición como un incidente o gestión previa a la demanda de alimentos principal? o ¿debemos considerarla como un ingreso independiente y totalmente desligado de la futura demanda de alimentos?

A nuestro juicio, los cuestionamientos mencionados anteriormente se podrían haber evitado si no se hubiese transformado por el legislador el carácter prejudicial de la mediación previa en un dogma inalterable. En este sentido, una solución que puede reducir estos problemas es facultar al juez para regular los alimentos provisorios al momento de designar el mediador, en base a los antecedentes aportados al requerir el alimentario o su representante dicho nombramiento.

³⁹ Cabe destacar que la presente situación no fue tratada por el proyecto original ni por la indicación sustitutiva de la ley que creó los Tribunales de Familia.

Por otra parte, una solución tanto o más discutible que la actual fue la que se propuso en el proyecto original con que se inició el trámite legislativo de la Ley 20.286, la cual consistía en que el mediador en la primera sesión debía en forma obligatoria intentar que las partes se colocaran de acuerdo sobre los alimentos provisorios. En caso de fracasar dichas gestiones o si el demandado no concurre a la primera sesión, se debía informar al tribunal que fije los alimentos provisorios, sin perjuicio de continuar la mediación si corresponde. Dicha propuesta fue posteriormente reemplazada por el texto actual por una indicación formulada por la H. senadora Soledad Alvear⁴⁰.

CONCLUSIONES

1. En vista de todo lo expuesto parece acertado que se haya vuelto a instaurar el sistema de mediación previo y obligatorio en ciertas materias, ya que, como lo demuestran las experiencias comparadas, en Argentina y los Estados Unidos, la obligatoriedad y el carácter previo sin lugar a dudas contribuye a que la mediación cumpla el rol que originalmente tenía en el diseño de estos tribunales.

2. Sin perjuicio de lo anterior, si dicho cambio no se acompaña de una fuerte campaña de difusión y capacitación de los operadores y usuarios de estos tribunales, centrada en sus ventajas y utilidad práctica, no se logrará el objetivo de transformar a la mediación en un mecanismo de filtro y descongestión tal como fue concebido originalmente, ya que aún es posible apreciar un alto desconocimiento de la materia en operadores y usuarios del sistema, muchos de los cuales tienen la idea preconcebida de que la mediación tiene una escasa eficacia. En consecuencia, si no se corrige esta situación corremos un serio riesgo de transformarla, a pesar de esta innovación, en un mero trámite, tal como en su momento sucedió con la instauración de la conciliación obligatoria en todos los procedimientos civiles en el año 1994.

3. También se puede apreciar que, en general, el sistema de mediación previa y obligatorio establecido por la Ley 20.286 presenta varias similitudes con la propuesta contenida en el proyecto primitivo que creó los Tribunales de Familia, y especialmente, con la indicación sustitutiva que respecto al mismo presentó el Ejecutivo. Aun cuando se aprecian algunas diferencias, como por

⁴⁰ Véase, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que creó los tribunales de familia. Boletín N° 4438. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (Última vez visitado: 30 de diciembre de 2008).

ejemplo, el procedimiento de designación del mediador.

4. El excesivo celo con que se estableció el carácter prejudicial de la mediación previa en la Ley 20.286, ha creado ciertas inconsistencias, como los casos del mencionado procedimiento de nombramiento del mediador y de fijación de los alimentos provisorios. Ellos pueden generar más de algún problema cuando se inicie la implementación de esta reforma el 15 de junio de 2009.