



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTORA:

Paula Encina Brevis

PROFESORA GUÍA:

María Soledad Lagos Ochoa

Santiago de Chile

2023

*“La voluntariedad no solo se agota
en la decisión de acceder al proceso,
sino que exige asumir un rol protagónico
en su desarrollo.”*

*Vargas Pavez, M. (2008). Mediación Obligatoria:
Algunas razones para justificar su incorporación.
Revista de Derecho (Valdivia), 21(2), 183-202.*

*Para mi familia, a mis padres Juan y Carmen Gloria,
junto a mis hermanos Juan Andrés y Gonzalo.
Su apoyo ha sido muy importante
Y lo llevaré en el corazón.*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	2
2. LA MEDIACIÓN EN LA REFORMA PROCESAL CIVIL.	3
3. CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN.	5
3.a. LA IGUALDAD.	6
3.b. LA IMPARCIALIDAD.	8
3.c. LA NEUTRALIDAD.	9
3.d. LA BUENA FE.	11
3.e. LA CONFIDENCIALIDAD.	12
4. LA VOLUNTARIEDAD COMO PRINCIPIO EN LA MEDIACIÓN.	13
4.a. LA VOLUNTAD PARA EL MEDIADOR.	18
4.b. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA LA MEDIACIÓN.	21
i. LA VOLUNTAD BASADA EN EL (DES)CONOCIMIENTO.	26
4.c. ENTREGA DE INFORMACIÓN SOBRE EL PROCESO DE MEDIACIÓN: DESDE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA.	29
5. OTRAS ASIMETRÍAS QUE PODRÍAN INCIDIR EN LA VOLUNTARIEDAD.	33
6. LA OBLIGATORIEDAD COMO REQUISITO PROCESAL PREVIO V/S EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN NUESTRO PAIS.	34
7. ¿POR QUÉ SE PREFERE EL JUICIO A LA MEDIACIÓN PARA RESOLVER UN CONFLICTO JURÍDICO?	37
8. APRENDIENDO DEL DERECHO COMPARADO.	44
8.a. ESPAÑA.	44
8.b. AUSTRALIA.	50
9. PROPUESTA PARA LA MEJOR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD DENTRO DE LA MEDIACIÓN CHILENA.	52
9.a. EL ROL ESTATAL.	52
9.b. EL ROL DE LOS MEDIADORES.	55
10. CONCLUSIONES.	57
BIBLIOGRAFÍA	60

1. INTRODUCCIÓN.

El conflicto es parte de nuestra vida diaria, nos guste o no. Este es definido por Folger, Poole, y Stutman, quienes señalan que consiste en la “interacción de personas interdependientes que perciben objetivos incompatibles e interferencias mutuas en la consecución de esos objetivos”¹.

No existe una vida sin conflictos. Como personas, nuestro desarrollo incluye el tener desacuerdos con otros, y así sucederá múltiples veces a lo largo de nuestra vida, ya sea en las pequeñeces del día a día, como en las decisiones más importantes de ella.

Hay diversas formas de resolver un conflicto. En tiempos pasados se solía recurrir a la autotutela, es decir, formas violentas de “solucionar” lo que originó el desacuerdo inicial, señalando sobre ella el profesor Maturana que “de las tres formas de composición de los conflictos es la más primitiva, puesto que el asunto se pretende solucionar sin recurrir a nadie, directamente, e incluso por el empleo de la fuerza entre los propios interesados”².

El juicio nace como una evolución desde la violencia que se utilizaba anteriormente para resolver un conflicto, y es desde ese avance que se busca que lo que se logre sea una decisión acerca del conflicto en la cual el juez sea quién dé certeza jurídica a las partes, por lo que uno gana y el otro pierde. En ese sentido, los juicios zanján controversias porque deciden quien es el ganador y el perdedor del litigio, más no abordan o resuelven necesariamente el conflicto que las afecta, y que trae a las partes a la justicia.

Los juicios cuentan con desventajas tales como su alto costo y su largo tiempo en llegar a una sentencia definitiva que ponga fin al desacuerdo que llevó a las partes a la vía judicial en primer lugar. De esta manera, surgen diversas maneras de solucionar los conflictos que son distintas al juicio, y que se comprenden en los ADR, esto es, “movimiento Alternative Dispute Resolution, hoy Adequate Dispute Resolution (ADR)”³.

Tradicionalmente, estos mecanismos se vinculan a la autocomposición, la cual es definida como “la forma mediante la cual, bien ambas partes mediante el acuerdo mutuo,

¹ García Falcó, J. G. (2016). Acercando la Cultura de la Mediación a Personas Mayores en Servicios Residenciales. p. 8.

² Maturana, C. Derecho Procesal Orgánico. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009, p. 3.

³ Barona Vilar, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. Revista de derecho (Coquimbo), 18(1), 185-211.

bien una de ellas, deciden poner término al litigio planteado”⁴. Esta se caracteriza por ser una manera de solucionar conflictos directamente, con asistencia de terceros o no, en la cual las partes con las facultades suficientes para convenir en un acuerdo llegan a una decisión voluntaria creada por ellas.

Esta Tesis se enfocará en la mediación como ADR, sus principios y en específico el de voluntariedad, en el contexto de una posible ley de mediación en el ámbito civil, para explicar cómo la voluntad juega un rol fundamental en su desarrollo como medio de resolución de conflictos. Lo que se busca analizar es de qué manera la voluntad se ve afectada por la información (o falta de ella). Después de ello, se revisará derecho comparado, particularmente Australia y España.

Por otro lado, en este texto también se explica cómo la mediación se ha desarrollado a lo largo del tiempo en nuestro país, y cómo se consagra en el Proyecto de Ley de mediación civil y comercial vinculado a la Reforma Procesal Civil que se está llevando a cabo en Chile (Boletín N°14.817-07), y que se encuentra actualmente en tramitación en el Senado.

Finalmente, se explorará quienes son los agentes que deben ser garantes de la concreción de este principio, y las distintas formas en que el Estado y los mediadores pueden ayudar a que el principio de voluntariedad se desarrolle plenamente, con tal de que las partes dispongan de la información necesaria, para así poder decidir de manera autónoma si asistir a una mediación o no.

2. LA MEDIACIÓN EN LA REFORMA PROCESAL CIVIL.

Esta Tesis considera como referencia el proyecto de ley de mediación, que se desarrolla en el contexto de la Reforma procesal civil, y que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso, siendo necesario por ello entender en qué consiste y qué implicancias tiene para la mediación como mecanismo adecuado de resolución de disputas.

En primer lugar, ¿qué es la reforma procesal civil? Esta consiste en variados cambios al sistema judicial actual, cuyos objetivos son “terminar con la ineficacia de un

⁴ Ibid, p. 6.

sistema judicial que no responde a las necesidades del Chile actual”⁵ y “garantizar el acceso a la justicia civil y a su tutela judicial efectiva, incorporando nuevas bases orgánicas que permitan aplicar los principios de oralidad, publicidad, contradictoriedad e inmediatez”⁶. Esta reforma por tanto, busca subsanar diversas problemáticas que se han dado en el acceso a la justicia civil provista por el Poder Judicial, con tal de que este sea más eficiente.

La historia de la reforma procesal civil, en breves términos, se desarrolla desde el 1 de octubre del año 2004, fecha en la cual “se firmó (...) un Convenio marco entre el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El convenio estableció que una Comisión integrada por Profesores del Departamento de Derecho Procesal y abogados asesores del Ministerio de Justicia elaboraran las “Bases para un nuevo sistema procesal civil en Chile”. ”⁷

A la fecha de dicho convenio, se habían detectado varias falencias del sistema judicial civil en Chile, tales como el largo tiempo de duración de los juicios, como señala el profesor Raúl Núñez, quien indica que gran parte de las problemáticas que busca resolver la reforma procesal civil se relacionan, en su opinión, con el hecho de que “algunas causas de mayor complejidad puedan alcanzar una duración superior a los diez años y que la gran mayoría de las que se tramitan en un juicio ordinario no terminen, si se interpone el recurso extraordinario de casación, antes de los cinco años en la Región Metropolitana, donde se concentra la mayoría de los asuntos, nos presenta una situación insostenible en una sociedad moderna”⁸.

A través de esta reforma procesal se pretende un mejor acceso a la justicia, lo cual no se agota solo en la instancia juicio, y en sede jurisdiccional, como uno podría pensar inicialmente, y por ello se incluye una ley de mediación, la cual se encarga de regular este mecanismo de resolución de disputas, estableciendo principios y normas para su implementación al alero del Poder Judicial principalmente.

⁵ Reforma a la Justicia Civil: Senado inicia tramitación del proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil. (2021, abril). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado 31 de enero de 2023, de <https://www.minjusticia.gob.cl/reforma-a-la-justicia-civil-senado-inicia-tramitacion-del-proyecto-de-ley-que-establece-un-nuevo-codigo-procesal-civil/>

⁶ Voz, T. (2022, 13 abril). *Proyecto de Ley de Reforma a la Justicia Civil*. Bio Bio Chile - La Red de Prensa Más Grande de Chile. Recuperado 31 de enero de 2023, de <https://www.biobiochile.cl/noticias/opinion/tuvoz/2022/04/13/proyecto-de-ley-de-reforma-a-la-justicia-civil.shtml>

⁷ Ojeda, Raúl Núñez. "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios." *Revista de Estudios de la Justicia* 6 (2005): 175-189. P. 177.

⁸ Ojeda, Raúl Núñez. "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios." *Revista de Estudios de la Justicia* 6 (2005): 175-189. P. 177.

En ese sentido, se amplía el concepto ya señalado de “acceso a la justicia”, pues se reconoce que no solo se pueden resolver conflictos a través de los juicios, sino que también se consideran los mecanismos alternativos de resolución de disputas, volviéndose ellos más bien adecuados para este fin.

Al establecer una ley de mediación, también quedan claros los principios de este mecanismo adecuado de resolución de disputas (“ADR” de ahora en adelante), los cuales son guías para poder proceder en la realización efectiva de ella. Se permite a través de la mediación, que ambas partes sean quienes resuelvan su conflicto, puesto que el mediador actúa como un tercero imparcial, lo cual será explicado con mayor detalle a continuación, de manera que todas las personas involucradas “ganen” al encontrar una solución a su conflicto, en la lógica de ganar-ganar.

La mediación en el ámbito civil y comercial otorga un mayor protagonismo de las partes dentro de su propia historia, por lo que ellas son quienes se vuelven responsables de solucionar aquello que les aqueja y los trae a la mediación en particular, siendo un proceso económico y más rápido, en especial en comparación a un juicio, el cual puede extenderse por muchos años, como se señalaba anteriormente.

La ley de mediación en comento consagra los principios de igualdad, imparcialidad, voluntariedad, buena fe y de confidencialidad en sus artículos 3 y 5, y en esta tesis nos enfocaremos específicamente al principio de la voluntariedad.

3. CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN.

En la doctrina internacional y chilena se pueden encontrar diversas definiciones de la mediación, las cuales han ido evolucionando desde sus orígenes.

No siendo nuestro propósito llegar a una conceptualización unívoca de este medio de resolución de conflictos, sí es necesario aproximarnos a una definición. Acorde a Santiago Miranzo de Mateo, “La mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que aceptan que

las auxilie en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley”⁹.

Lo central de este concepto consiste en solicitar la intervención de un tercero que las pueda ayudar, pero ello no implica que las partes pierdan el poder sobre la resolución del conflicto. El mismo Miranzo toma también esto en consideración al señalar que la mediación es “un proceso en el que dos partes, los mediados, que tienen conflictos puntuales, acuden voluntariamente solicitando que un tercero imparcial y neutral, el mediador, les ayude a apropiarse activa y responsablemente de sus conflictos para saber gestionarlos eficazmente.”¹⁰

Dentro de la mediación, hay distintos principios que rigen este proceso¹¹. Estos consisten en aquellos parámetros que delimitan la mediación en su desarrollo y ayudan a guiar su progreso. Conforme lo señalado por Aravena, “los que cuentan con una aceptación más generalizada son los principios de voluntariedad, neutralidad y confidencialidad (Barker & Domenici, 2000). Algunos autores distinguen entre imparcialidad y neutralidad como principios diversos (Escrivá-Ibars, 2001) (García, 2002)”¹².

En atención al contenido de cada principio y su pertinencia con la temática de esta Tesis, se analizarán los siguientes: igualdad, imparcialidad, neutralidad, buena fe, y confidencialidad. Pasaremos a desglosar cada principio a continuación.

3.a. LA IGUALDAD.

Este principio hace referencia a que “Los sujetos que intervienen deben tener garantizadas la plena igualdad de oportunidades a lo largo del procedimiento, de manera que puedan mantener el equilibrio entre sus posiciones y el respeto debido a la posición mantenida, a sus puntos de vista, etc., sin que el mediador pueda realizar actuación que

⁹Miranzo de Mateo, S. (2010). Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto mediación. *Revista de mediación*, (3). P. 12.

¹⁰ *Ibid*, p. 14.

¹¹ La mediación en cuanto proceso inicia cuando la parte solicitante empieza a consultar y formular sus inquietudes sobre la mediación, por lo que no empieza con la primera sesión de mediación propiamente tal, junto a que se requiere de todo un desarrollo a través de etapas para que este proceso pueda dar lugar a soluciones para sus partes, siendo ellas quienes aceptan la intervención de un tercero.

¹² Aravena, C. T. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión Jurídica*, 12(23).

genere perjuicio de alguno de ellos o, en su caso, posicionarse a favor de una de ellas, afectando, en consecuencia, el interés de las mismas”¹³.

Para nosotros, la igualdad hace referencia a que resulta vital que la persona que medie el conflicto propicie y cuide el que las partes se encuentren en equilibrio entre sí, y que ninguna sobrepase a la otra en términos de supremacía. Doctrinariamente, respecto a la definición de igualdad se ha entendido que “El procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, y que puedan llegar por sí mismas a un acuerdo, no pudiendo el mediador actuar en interés o en perjuicio de ninguna de ellas”.¹⁴

Se busca que la mediación sea un proceso caracterizado por la igualdad de las partes, sin importar su raza, sexo, religión o situación personal, en el cual la persona mediadora se encarga de conducir el proceso desde un nivel diferente al de las personas involucradas, con tal de guiarlas a que estas tiendan a llegar a la solución que sea mejor para ellas y sus intereses. La igualdad se logra a través del cuidado por parte del mediador de que ambas partes tengan las mismas oportunidades de participar en la mediación, de tal manera que las dos puedan involucrarse plenamente en su desarrollo y puedan llegar a un resultado que sea beneficioso para todas las personas comprometidas en el conflicto.

Esta igualdad se logra además a través del acceso a la información necesaria para tomar decisiones durante el proceso, esto es, que ambas partes puedan tener la misma aproximación a ésta, pues es de dicha manera que las dos pueden realmente estar en equilibrio dentro de la mediación en lo que respecta a manejar los mismos datos que puedan ser relevantes para su desarrollo. En ese sentido, la igualdad debe estar presente desde el inicio del proceso de mediación “...En este primer acto de decisión lo importante es la información que se tenga de la mediación. Cuanto mayor y mejor es la información más probable es que acudan a mediación...”¹⁵.

¹³ Barona Vilar, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18(1), 185-211.

¹⁴ Coromina, M. P. U. (2014). Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación. *Estudios de Deusto*, 62(1), 159-189. P. 179.

¹⁵ Bernal Samper, T. (2007). Conflicto y mediación. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 111-122. P. 112.

3.b. LA IMPARCIALIDAD.

La imparcialidad se refiere a tratar de lograr crear y mantener una distancia igualitaria respecto de ambas partes, esto es, lograr mantenerse en su propio eje como mediador, quien solo buscará gestionar el conflicto, y no a obligarlas ni impulsarlas forzosamente de alguna manera.

Raymundo entrega un importante aporte al señalar que “La imparcialidad entendida desde el punto de vista de las partes que intervienen en la mediación hace referencia al principio que les da garantía de no llevarse a cabo coaliciones o la unión de una parte con el mediador”¹⁶. Conforme a este principio, el mediador no pierde sus propios valores como persona, sino que es capaz de dejarlos de lado en aras de realizar su labor como profesional dentro de la mediación.

Doctrinariamente, también se ha entendido que se refiere a “la independencia del mediador respecto de las partes, que implica la no existencia de relaciones previas con ninguna de ellas o de intereses que pudieran generar conflicto con los sujetos que acuden a la mediación, es la vía para poder aceptarla o continuarla”¹⁷. Esto significa que la distancia debe ser previa a la mediación y mantenerse a lo largo de esta, para que de esta manera la persona mediadora pueda conservar equidistancia emocional con tal de evitar que sus propios sesgos afecten su manera de observar y mediar el conflicto que trae a las partes a la mesa.

Así, lo que se busca lograr con la imparcialidad es un distanciamiento tanto emocional como ideológico, con tal de evitar que los prejuicios de la persona mediadora sesguen su comportamiento dentro de la mesa redonda.

En la doctrina española se señala respecto de la imparcialidad, que “el mediador no impone ninguna solución al conflicto social o familiar que se presenta, ni resuelve ni toma decisiones, sino que asiste o asesora a las partes en conflicto para que tomen por sí mismas una solución de consenso sobre los problemas identificados, facilitándoles información sobre las diversas opciones propuestas, con el objetivo de que puedan acoger aquella

¹⁶ Raymundo Esteban, L. (2019). La imparcialidad del mediador.

¹⁷ Villaluenga, L. G. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, III Época, 4. p. 727.

opción que responda mejor al interés común de ambas”¹⁸. Por otro lado, también considera que “el mediador actúa dentro de los parámetros de la imparcialidad cuando puede separar sus opiniones de los deseos de los litigantes y concentrarse en los modos de ayudar a estos a formular sus propias decisiones sin favorecer injustamente a una de ellas”¹⁹.

Es importante tener presente que imparcialidad, neutralidad y equidistancia son conceptos distintos, como se explica a continuación.

3.c. LA NEUTRALIDAD.

Aunque no se encuentra contemplada en nuestra legislación nacional, doctrinariamente la neutralidad ha sido considerada como un principio de la mediación. La autora Carmen Gloria Brevis Torres, con una vasta trayectoria, se refiere a este término al señalar que “implica que el mediador no debe aconsejar, imponer ni asesorar a los mediados en la solución del conflicto, ni tampoco atribuir sus propios significados o valores como verdades replicables o deseables para las personas que le solicitan sus actuaciones profesionales”²⁰.

Esto significa que la persona mediadora debe mantenerse en su rol de gestor activo del cambio, encargado de velar por el espacio de diálogo con tal de que las propias partes se hagan cargo de resolver el conflicto que las lleva a la mesa redonda. En ese sentido, parece apropiada la definición que entrega Pérez al indicar que “el mediador tiene un papel neutro en el que no debe tomar un lado o fomentar un proceso desbalanceado, más bien tiene que entender a cada parte desde su punto de vista, sin tomar partidos y sin dar una asesoría legal que dé ventaja particular a una de las partes”²¹.

Hay elementos comunes con la imparcialidad, en tanto ambas implican que el mediador debe volverse consciente de sus prejuicios e intentar evitar que sus sesgos afecten su actuar dentro de la mediación. Como señala García del Vado, “para que exista

¹⁸ Villagrasa Alcaide, C.: “El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos”, La protección de las personas mayores, (Coord.) LASARTE ÁLVAREZ, C., Ed. Tecnos, 2007, Madrid. P. 137.

¹⁹ García del Vado, p. 359.

²⁰ Brevis, C. G. Ponencia: La neutralidad y la persona del mediador en el actual escenario de la mediación familiar en Chile. Trabajo presentado en Congreso Mundial de Mediación Colombia. p. 4.

²¹ Pérez Jarrín, D. I. (2017). La naturaleza y contenido del principio de confidencialidad frente al mediador (Bachelor's thesis, Quito). p. 9.

neutralidad debe haber una equidistancia entre las partes en conflicto y sus posiciones y el profesional mediador”²².

Sin embargo, y como ya adelantamos, no son el mismo principio. En este sentido el autor Pascual Ortuño, precisa que “Hay que hacer notar que neutralidad e imparcialidad a pesar de sus grandes semejanzas, no son términos sinónimos, sino que cada uno tiene un significado diferente y una nota distintiva propia en la construcción de la mediación. Si la imparcialidad la conectábamos con la igualdad, la neutralidad debe ser comprendida en base a la exigencia del respeto de las diferentes opciones y, especialmente, al reconocimiento de la legitimidad de todas las posiciones que pueden ser mantenidas en un conflicto. Si la imparcialidad es un requisito previo al inicio del proceso que se visualiza como una exigencia hacia el ejercicio de la función del mediador, la neutralidad ha de extenderse a todo el desarrollo del proceso en el sentido de que se ha de garantizar a cada una de las partes un espacio de seguridad, de respeto mutuo y de tolerancia”.²³

También resulta sumamente interesante considerar lo que señala Marines Suares, quien plantea el concepto de DeNeutralidad: “La tan mentada neutralidad del mediador sería en sí la práctica de la participación y ayuda a las partes para que se logre la deconstrucción de la disputa. La involucración es un paso necesario para llegar a dicha deconstrucción, y la neutralidad (quedarse fuera) se ejerce cuando las partes pueden volver a negociar. Es decir: involucración y neutralidad. Es decir: DeNeutralidad”²⁴.

Finalmente, resulta un acierto lo expresado por Rubén Calcaterra, quien considera que “el mediador debe poner al servicio de la mediación dos capacidades: la imparcialidad y la equidistancia. La imparcialidad hace referencia a la ausencia de fuertes valores o ideologías y la capacidad de no favorecer. La equidistancia se refiere tanto a simetría, esto es, a la existencia de la misma distancia entre el mediador y cada una de las partes, como a la capacidad de colaborar con ellas en busca de equilibrar poderes. El trabajo continuo del mediador por la imparcialidad y por la equidistancia provoca la llamada “paradoja de la

²² García del Vado, F. Op. Cit., p. 339.

²³ Recurso disponible en el sitio https://nanopdf.com/download/la-intervencion-profesional-del-mediador-pascual-ortuo_pdf. Fecha de consulta 18 de febrero del 2022.

²⁴ Suares, Marines (1998). “Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas”, Editorial Paidós. P. 162.

neutralidad”²⁵. Esta “neutralidad resignificada” lleva al autor a afirmar que la neutralidad en mediación es la práctica de la imparcialidad.

3.d. LA BUENA FE.

Al no encontrar una definición concreta de la buena fe en el ámbito de la mediación, debemos recurrir a la doctrina para descifrar su contenido. Acorde a Schiffrin, “Conviene recordar que el proceso de mediación debe necesariamente basarse en la buena fe, y que se sostiene sólo con la voluntad de las partes de intervenir y trabajar para lograr un acuerdo viable”²⁶. Esto se refiere a que la buena fe debe permear todo el proceso de mediación para que este pueda ser realmente efectivo para las partes y el mediador involucrado.

Ahora, ¿qué es la buena fe? Nuestro Código Civil se refiere a ella en su artículo 1546 indicando que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.” Sin perjuicio de lo anterior, también encontramos la buena fe en el artículo 706 del Código Civil, relativo a bienes donde se señala que “...es la consciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”.

No obstante, esta no es realmente una *definición* del término buena fe, sino que se refiere a cómo se aplicará en los contratos y, en su caso, a los bienes. En ese sentido, Irureta también hace referencia a ello al decir que “Sin perjuicio de que no existe un concepto unívoco de este principio, la buena fe se traduce en una obligación de las partes contratantes que les exige actuar rectamente, de forma honrada, sin intención de dañar u "oscurecer" las cláusulas acordadas, obligándose a observar una determinada actitud de respeto y lealtad en el tráfico jurídico, ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación”²⁷.

Dicho esto “En el marco del proceso de mediación la buena fe supone en resumen una colaboración honesta y leal entre las partes, exteriorizada en comportamientos

²⁵ Calcaterra, Rubén. (2006): Mediación estratégica. Gedisa, Barcelona. p. 41-49. Esta cita fue obtenida del trabajo de Viana Orta, M. I. (2014). La mediación: orígenes, ámbitos de aplicación y concepto.

²⁶ Schiffrin, A. (1996). La mediación: aspectos generales. Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (comps). Mediación. Una transformación en la cultura. Ed. Paidós. Argentina. p. 9.

²⁷ Irureta Uriarte, P. (2011). Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Ius et Praxis*, 17(2), 133-188.

razonables y coherentes entre sí y cuyos objetivos finales son la conclusión de un acuerdo mutuamente satisfactorio o el desarrollo de un proceso de mediación que sin llegar a un acuerdo obtenga resultados positivos, en cuanto a la mejora del vínculo de las partes en el presente y futuro, y a la resolución del conflicto”²⁸.

Así, la buena fe consiste en aquel actuar bien intencionado de todas las partes involucradas con la finalidad de que el proceso de mediación pueda llegar a buen término, esto es, que mejore las relaciones de los involucrados para que a futuro puedan ser capaces de resolver sus propios conflictos. Para ello, se deben ver involucrados valores como la honestidad y la integridad por parte de los dos, buscando proteger el vínculo que los une, ya sea completamente jurídico o no.

3.e. LA CONFIDENCIALIDAD.

Doctrinariamente se ha entendido a este respecto, que “Las personas que intervienen (mediadores, requirentes, requeridos, profesionales y otros) no podrán revelar fuera de la “mesa” lo sucedido en ella, tanto verbalmente cuanto en los documentos que se utilizan (actas, mera toma de notas, entre otras)”²⁹.

Este principio a nivel nacional se encuentra consagrado normativamente. Así en el ámbito familiar se señala que “todas las partes participantes en un procedimiento de mediación están obligadas a mantener la reserva sobre el contenido de lo tratado durante el proceso”³⁰. Así mismo en materia de salud, esto se encuentra registrado en el en la Ley 19.966 (artículo 51), y en el Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud, en el cual se indica en su artículo cuarto que “El mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso mediación y estará amparado por el secreto profesional.”

Ahora bien, la confidencialidad pretende generar un espacio de diálogo en un marco de confianza, lo que no implica amparar delitos ni exponer a posibles riesgos a las partes,

²⁸ Briz, M. J. (2015). El principio de buena fe en el proceso de mediación. *Revista de Derecho*, (11), 13-25. p.24.

²⁹ Saad, C. Z. (2016). Una mirada sobre principios en el procedimiento de mediación. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, 9(4), 1913-1934. P. 1922.

³⁰ García del Vado, F. (2015). *La mediación familiar y el punto de encuentro familiar*. [Tesis de doctorado, Facultad de Derecho UNED] espacio UNED. P. 298.

es decir, existen excepciones de este principio. Así, por ejemplo, en materia de familia se señala que “el mediador quedará exento del deber de confidencialidad consagrado en este artículo en aquellos casos en que, durante el proceso de mediación, tome conocimiento de situaciones de maltrato o abuso en contra de niños, niñas, adolescentes o discapacitados.”³¹ Así, se devela que hay un fin de protección hacia las personas recién descritas que va por encima de la confidencialidad, lo cual delimita su aplicación en la mediación.

4. LA VOLUNTARIEDAD COMO PRINCIPIO EN LA MEDIACIÓN.

Los principios en términos generales se refieren a “pensamientos directivos de una regulación existente o posible, pero que aún no son reglas susceptibles de aplicación, en la medida en que les falta el carácter formal de proposiciones jurídicas, esto es, la conexión entre un *supuesto de hecho* y una *consecuencia jurídica*”³².

En tanto, en el ámbito del Derecho, los principios son una materia sobre la que existe un vasto desarrollo a través del tiempo, habiéndose concordado, según lo indica Leguina, respecto de un Principio del Derecho que:

“1° Son reglas o preceptos normativos que presuponen la existencia de otras normas específicas, y su objeto consiste no tanto en regular relaciones o definir posiciones jurídicas concretas, sino en versar sobre la aplicación de estas normas específicas.

2° Se caracterizan por una relativa indiferencia de contenido, «en el sentido de que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica» (CARRIÓ); de ahí su carácter de reglas generales, y de ahí también su posible calificación como normas sin supuesto de hecho concreto, en cuanto que son una «mezcla de precisión» (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios)» (GARCÍA DE ENTERRÍA), sin llegar por sí mismos a suministrar decisiones a los casos concretos.

³¹ Borrador. Op. cit. P. 2.

³² Ávila, H. (2011). Teoría de los principios. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. P. 34.

3.º Indican cómo deben aplicarse las normas específicas, esto es, «qué alcance darles, cómo combinarlas, cuándo otorgar precedencia a alguna de ellas» (CARRIÓN)³³.

La voluntariedad se vuelve un principio dentro de la mediación debido a que es una regla general que rige este proceso y su desarrollo, dando directrices para entender cómo deben aplicarse normas específicas, y para que esta libertad brinde los mejores resultados posibles para los involucrados.

La voluntariedad “se manifiesta en todas las fases del procedimiento y, por lo tanto, en principio, también en su inicio. Así, generalmente, las partes son libres de acogerse al procedimiento y, en todo caso, de desistir de él en cualquier momento y de alcanzar o no un acuerdo de mediación³⁴. También se ha indicado que “un corolario de este principio es que toda mediación conlleva la voluntariedad de los participantes tanto respecto a la decisión de entrar al proceso de mediación como de permanecer en él, teniendo derecho a retirarse en cualquier momento, y no pudiendo nadie obligarles a retomar el proceso”³⁵.

Parece adecuada por su precisión la definición de Pérez al indicar que “La voluntariedad es la libre decisión que toman las partes de someterse a un proceso de mediación”³⁶.

Como se señala en el capítulo anterior, la voluntariedad se reconoce como elemento esencial de los mecanismos autocompositivos, considerados como institutos procesales; no obstante, en el área de la mediación adquiere el carácter de principio. Dentro de la realidad chilena, específicamente, respecto de la reforma procesal civil, también se ha considerado que la voluntad es una parte sustancial y necesaria para la mediación.

Dado que está dentro de los objetivos de esta Tesis el realizar un análisis con la profundidad que merece este tema, es necesario definir qué es lo que comprendemos por “voluntariedad” y “principio de voluntariedad” en la mediación.

³³ Hinestrosa, F. (2000). De los Principios Generales del Derecho a los Principios, Generales del Contrato. Rev. Derecho Privado, 5, 3.

³⁴ Ginebra Molins, M. E., & Tarabal, J. (2013). La Obligatoriedad De La Mediación Derivada De La Voluntad De Las Partes: Las Cláusulas De Mediación (Mandatory Mediation by Agreement of the Parties: Mediation Clause). InDret, 4.

³⁵ Giménez, C. (1997). La naturaleza de la mediación intercultural. Migraciones, 2, 125-159.

³⁶ Pérez Jarrín, D. I. (2017). La naturaleza y contenido del principio de confidencialidad frente al mediador (Bachelor's thesis, Quito). P. 7

Así las cosas, entendemos que la voluntariedad de los actos civiles en general se relaciona con lo que se conoce como autonomía de la voluntad, la cual en este caso se refiere a “el acto voluntario desarrollado e impulsado por las partes que tiene como fin un querer mutuo, el cual se genera por una serie de derechos y libertades que se le han ido otorgando a medida que avanza el mundo jurídico”³⁷. A propósito de esto, la voluntariedad es entendida como “una característica fundamental y un principio sobre el cual se desarrolla la Mediación, que se traduce en la intención de las partes de acudir a tal proceso, en permanecer en la mesa de negociación y que finalmente se traslada a un acuerdo consensuado”³⁸.

Siguiendo por la misma línea, la voluntariedad como principio de la mediación “garantiza un desarrollo adecuado del proceso para obtener un acuerdo que sea satisfactorio para las partes obtenido por una decisión libre y no de la imposición de un tercero ajeno a sus voluntades”³⁹. Dentro de la doctrina, al principio de voluntariedad se le ha definido como “aquel que dispone que todos cuantos intervengan en un proceso de mediación deben tener la libertad más absoluta para decidir si quieren ser o no partes de él”⁴⁰.

Entendemos que la voluntariedad está comprendida y se desarrolla durante todo el proceso de mediación, entendiendo que se inicia con la facilitación (para contactar a las partes) y termina con la ejecución del acuerdo, en caso de que este se haya logrado.

La voluntariedad es un principio que se va renovando a lo largo del desarrollo de la mediación, es decir, va transformándose, ya que es distinta la voluntad que tiene una parte antes de llegar a la mesa redonda de mediación, que la que tiene al momento de querer llegar a acuerdo dentro de una sesión, pues esta ha ido cambiando con la información que van adquiriendo acerca del conflicto durante el proceso, junto a la metamorfosis por la que pasa la relación de estas durante la mediación. Así, al inicio de la mediación, para decidir si se desea participar en esta; luego, en las sesiones propiamente tales, donde se elige el continuar en la mesa redonda o retirarse del proceso, y finalmente, deciden si llegar o no a un acuerdo, también existe la libertad de determinar qué es lo que se está pactando y en

³⁷ Bernal, A. M. V. (2018). Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo. *Iusta*, 2(49), 91-114.

³⁸ Op. cit. Saad, p. 13.

³⁹ Tarud Aravena, C. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión Jurídica*, 12(23), 115-132.

⁴⁰ Op. cit. Aravena, p. 119.

qué términos. En síntesis, en la mediación hay muchas elecciones sucesivas que son tomadas por las partes y por el mediador al inicio, durante y al término del proceso de mediación.

De esta manera, este principio garantiza la posibilidad de que se puedan realizar acuerdos de voluntades en una mediación o, que por el contrario esta instancia se frustre con o sin sesiones. Es por esto que doctrinariamente, se ha considerado que “la mediación ha de ser siempre voluntaria”⁴¹ y que se debe “de elegir voluntaria y libremente acudir a un procedimiento de mediación u otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos, o simplemente empezar o continuar con el procedimiento judicial.”⁴²

El rol de la voluntariedad también es importante respecto de la persona que se encarga de mediar el conflicto que trae a las partes a la mesa. El mediador debe respetar lo que las partes quieran, incluso si no está personalmente de acuerdo con ello, pues la voluntad de las partes va por encima de la suya.

Es así como el trabajo de la persona mediadora se relaciona directamente con lo que las partes quieren, puesto que esta es pieza central del proceso de mediación y debe ser respetada. El deber del mediador implica no vulnerar, ni obligar a las partes a realizar algo que no hayan acordado libremente y con la información necesaria para ello.

De esta manera, y en relación a los principios vistos en el capítulo anterior, “el proceso de mediación debe necesariamente basarse en la buena fe, y se sostiene principalmente porque hay voluntad de las partes de intervenir y trabajar seriamente para tratar de resolver el conflicto que las mantiene enfrentadas y lograr un acuerdo viable”⁴³, pues solo de esa manera se pueden consolidar los intereses de las partes en una resolución del conflicto que sea beneficioso para ambas; de lo contrario, los agentes involucrados no querrán separarse de sus posiciones iniciales respecto al tema que los lleva a la mediación en primer lugar.

Ahora, dentro del derecho procesal civil chileno, se encuentran áreas donde la mediación es una instancia obligatoria antes del juicio (como sucede en la responsabilidad médica, establecida en el artículo 43 y siguientes de la ley 19.996, como también en las

⁴¹ García del Vado, Op. Cit. p. 322.

⁴² Ibid, p. 325 – 326.

⁴³ Villaluenga, L. G. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Revista general de legislación y jurisprudencia, (4), 717-756. P. 725.

materias obligatorias contempladas en la ley 19.968 de tribunales de familia); esto es, nos encontramos ante un requisito previo para la admisibilidad de la demanda, mas no que las partes deban asistir y mantenerse en la mesa redonda en contra de su voluntad. En la práctica, esto significa que una de las partes puede tener la intención de asistir a la mediación, pero si el otro agente involucrado decide deliberadamente no presentarse a la primera sesión, no se le puede obligar a asistir en una segunda oportunidad o intentar modificar o coaccionar su intención de no participar en este proceso, sea cual sea el motivo detrás de su decisión.

Por lo tanto, no debe confundirse la voluntariedad como principio de la mediación, entendida como libre albedrío para participar en ella, con la obligatoriedad de solicitar una mediación, para configurar un requisito procesal previo obligatorio para el ejercicio de una acción jurisdiccional, lo que presupone evacuar el trámite, más no la realización de la mediación propiamente tal o el logro de un acuerdo.

Cabe señalar que, de acuerdo a la normativa vigente, se puede configurar como causal de término de la mediación en materias de familia y de salud, que una de las partes haya sido citada dos veces consecutivas sin haber justificado su inasistencia, lo que no impide que, previo a la segunda inasistencia, la parte que concurrió le ponga término al proceso.

Por otro lado, también hay que considerar que se ha discutido el rol de la mediación como método autocompositivo obligatorio que impide que las partes se vayan a juicio directamente, pues vulneraría el libre acceso a la justicia. Así, señala la profesora Lagos que “en virtud de esta nueva ley (19.966), sólo para esta clase de negocios, se intercala una previa mediación forzosa, a desarrollarse en una esfera administrativa y con vocación proclive a que las partes “lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”, merced a la suscripción de un acta final que “surtirá los efectos de un contrato de transacción”⁴⁴. En otras palabras, se termina sacrificando la opción de que las partes puedan recurrir a un juicio directamente, con tal de que estas puedan tener la oportunidad de resolver el conflicto que las aqueja de manera más expedita y barata.

También se debe tomar en cuenta que, respecto a la ley de mediación que se encuentra actualmente en el Senado, en caso de que se trate de un procedimiento en el

⁴⁴ Lagos, M. S. (2017). Resolución de conflictos en Chile a 50 años de la propuesta del sistema multipuertas de Frank Sander. *Revista de Derecho* (Nº37), pp. 115-147. P. 126.

cual corresponde la mediación con citación obligatoria respectiva, si la parte requerida para participar en la misma no concurre sin entregar una justificación que amerite su inasistencia, esta solo podrá demandar reconvenzionalmente si realiza una nueva solicitud de mediación, acorde a su artículo séptimo⁴⁵.

4.a. LA VOLUNTAD PARA EL MEDIADOR.

En primer lugar, antes de hablar del rol del mediador dentro de la mediación, hay que tomar en cuenta que la persona mediadora deberá estar calificada, esto es, tener los estudios necesarios para poder desempeñar su rol como mediador tales como un título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración y formación especializada en mediación, para así poder ayudar debidamente a las partes.

En el caso del mediador, no hablamos de una aplicación del principio de voluntariedad propiamente tal, ya que su rol en la mediación es algo que se encuentra implícito dentro de su labor, es decir, no procede afirmar que su participación como guía del proceso deba ser voluntaria. Esto no significa que deba atender todos los casos que se le entrega, por cuanto pueden concurrir causales de inhabilidad, por ejemplo, puede darse que conozca a alguna de las partes sin saberlo previamente, pero lo que sucede en dicha situación hace referencia al principio de imparcialidad, pues se busca evitar que trate con favor o desventaja a alguna de las partes; en otras palabras, que no sea capaz de mantener distancia de las personas con quienes debiera hacerlo. Sí será relevante su labor, en cuanto a la primacía del principio de la voluntariedad durante el desarrollo de la mediación, en lo que respecta al nivel de conocimiento e información que tengan las partes dentro del proceso, siendo su labor activa desarrollando “las mejores prácticas de la disciplina y según las directrices propias que emanen tanto de los protocolos de atención del Poder Judicial como del reglamento que deberá dictar el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”⁴⁶, tratándose de una futura regulación de la mediación en el ámbito civil y comercial.

El mediador no puede obligar a las partes a llegar a soluciones que ellas no deseen realmente; a esto nos referimos cuando hablamos de su deber negativo como mediador, el

⁴⁵ Boletín 14.817-07. Regula la mediación civil y comercial. http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14817-07

⁴⁶ Boletín 14.817-07. Regula la mediación civil y comercial. Art. 12. http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14817-07

no forzar acuerdos que no sean genuinos. Su labor es fundamentalmente, intentar que los intervinientes puedan apreciar el conflicto desde nuevas perspectivas, y a ello lo denominamos el deber positivo del mediador.

Así, concluyen Diez-Tapia respecto de dicha profesión, señalando que “Como mediadores no podemos cambiar el mundo, pero si podemos intentar ayudar a la gente a que hable de un modo diferente con la esperanza de qué si así lo hace, entonces se modificará su modo de interactuar y se producirán cambios que permitirán llegar a hacer acuerdos”⁴⁷.

El mediador al momento de encontrarse ya en la mesa redonda y con el fin de dilucidar si las partes pueden llegar a un buen puerto, debe ser capaz de reconocer los elementos esenciales de un conflicto, los cuales son: “la diferencia entre lo que se pide o dice pedirse, su enquistamiento, lo que de verdad se busca o se necesita, explícita o implícitamente, los sentimientos y emociones universales que impregnan la disputa y su entrelazamiento con las cuestiones patrimoniales”⁴⁸. Este proceso que indica Brandoni es fundamental porque orienta a todas las partes, dando tranquilidad a las personas que son parte de la mediación.

De acuerdo con lo anterior, su rol respecto de la voluntariedad de las partes incluye informar y respetar la decisión de los participantes del conflicto. Esto significa que ya no ha de intentar que las partes lleguen a un acuerdo si no lo desean, y debe respetar las decisiones que estas han tomado a lo largo de la mediación en tanto ellos respeten el marco legal chileno.

En el desarrollo de este método adecuado de resolución de disputas y tomando en cuenta lo anterior, también se deben considerar las materias que no se pueden mediar, tales como se señalan en el ámbito de familia, ‘los asuntos relativos al estado civil de las personas, por ejemplo, las causales de divorcio o de separación judicial (...); la declaración de interdicción; las causas de maltrato de niños, niñas o adolescentes; los procedimientos de adopción de menores de edad’⁴⁹, pues en ellas puede existir la intención de realizar una

⁴⁷ Diez, F., & Tapia, G. (1999). Herramientas para trabajar en mediación (Vol. 16). Barcelona: Paidós. Diez, p. 28.

⁴⁸ Caram, M. E. (2015). La mediación en el Patrocinio Jurídico de la Facultad de Derecho UBA [Libro]. En conmemoración de los 20 años de implementación de la mediación en la Argentina (1.a ed.). Recuperado el 31 de enero de 2023, de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-mediacion-en-el-patrocinio-juridico-de-la-facultad-de-derecho-uba/mediacion-completo.pdf> p. 203.

⁴⁹ Guía legal sobre: Mediación familiar. (2012). Ley Fácil. [online] Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/mediacion-familiar> [Revisado el 4 Mar. 2020].

mediación por todas las partes, sin embargo, la ley establece un firme límite o exclusión al respecto.

Actualmente se discute qué sucede con las materias que no están prohibidas directamente, pero que, empero, no tienen una instancia obligatoria de mediación dentro del proceso judicial. Las partes tienen la libertad de llevar aquellos conflictos que ambos deseen para tratarlos en la mediación privada (en la medida que se refieran a derechos disponibles), sin embargo, no existe en nuestro país un servicio de diálogo nacional, y por lo tanto, sigue habiendo una falencia a nivel público, puesto que incluso si ambas partes tienen la voluntad de ser parte de una mediación respecto de un tema que no requiere de una instancia obligatoria de mediación, si no pueden pagar por un mediador privado, no tienen a dónde acudir.

En ese sentido, la voluntad del mediador en el ámbito civil y comercial se ve limitada además por los recursos económicos que tienen las partes, puesto que el Estado chileno, a nivel nacional, no ha establecido orgánicamente servicios públicos que puedan ayudar a mediar estos conflictos, y la posible futura ley de mediación se encuentra actualmente en el Congreso, no existiendo políticas públicas de provisión de este servicio. Así, se establece que los medios socioeconómicos de las partes son un condicionante a poder acceder a la mediación.

El mediador debe ajustarse a los límites que son definidos por la ley chilena, aquellos que son impuestos por las partes y, respecto de la mediación privada, adicionalmente por los recursos económicos de los agentes involucrados. Por lo tanto, para que verdaderamente se pudiera expresar la voluntad de las partes hacia el mediador, la mediación civil y comercial debería tener un acceso universal y gratuito.

En este contexto, resulta importante comprender que el mediador, debe ser capaz de:

1. Tener las distintas habilidades requeridas para poder mediar el conflicto con la altura de miras necesaria para ello; y

2. Manifestar su voluntad de estar presente en la mesa independientemente del resultado, siendo capaz de distinguir los casos en que es viable la mediación como instancia de diálogo, examinando junto a las partes las posibilidades de llegar a acuerdo, diferenciándolos de aquellos en que esto no es posible.

Como señala Villaluenga, “puede ocurrir que el mediador tenga la convicción, por las circunstancias que concurran en el caso, de que el proceso no será efectivo y, por tanto, su intervención y la puesta en marcha del proceso resultarían inútiles, pudiendo dar lugar a que se desvirtúe su esencia, cuestión que puede evitarse con la referida denuncia del mediador”⁵⁰. A esto se refiere el proyecto de ley de mediación que regula la mediación civil y comercial en su artículo décimo al señalar que la mediación finalizará “Si en cualquier momento de la mediación, el mediador adquiere la convicción de que no se alcanzará un acuerdo”⁵¹.

Hay otras causales de término de la mediación incluidas en dicho proyecto de ley, las cuales incluyen la manifestación de voluntad de una de las partes de no seguir en la mediación y la inasistencia a la sesión de mediación sin justificación alguna, aunque en este último caso se le puede citar por una vez más a la realización de este ADR.

En definitiva, conforme a lo anteriormente señalado, es necesario para hablar de la voluntariedad en la mediación, que el mediador se asegure de que las partes se encuentren en un plano de igualdad para que éstas puedan desarrollar soluciones creativas que les permitan resolver el conflicto.

4.b. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA LA MEDIACIÓN.

La mediación no es un método *alternativo* de resolución de disputas, pues no hay una disyuntiva entre elegir ir a mediación o a juicio. Es posible asistir a una mediación, que esta fracase, y después que el conflicto sea resuelto a través de un juicio. La mediación es un método *adecuado* de resolución de conflictos, en tanto permite que las partes puedan llegar a soluciones apropiadas para sus problemas, considerando que los mecanismos vayan operando de manera secuencial.

De esta forma, el juicio debe ser la última ratio. Dicho de otra forma, lo que se busca es que la mediación sea uno de los primeros peldaños en la resolución de un conflicto, puesto que es más rápida y barata en comparación al juicio, y no genera necesariamente el quiebre de la relación entre las partes, tan propia de los mecanismos confrontacionales.

⁵⁰ Ibid, p. 726.

⁵¹ Boletín 14.817-07. Regula la mediación civil y comercial. Art. 10. http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14817-07

Respecto a las personas que se encuentran involucradas en el conflicto, estas deben estar lo suficientemente informadas sobre el proceso de la mediación como un paso anterior a su inicio, para así poder consentir genuinamente a participar en esta. Así, resulta ser un condicionante relevante para la mediación. Es aquí donde encontramos uno de los aspectos más importantes de la resolución de conflictos a través del uso de este ADR: la información.

Mientras que anteriormente hicimos referencia a la persona mediadora como un ente que posee conocimientos previos, y voluntad de guiar el proceso, al enfocarnos en las partes, nos encontramos con más componentes involucrados en su participación, ya sean físicos y/o psicológicos, que pueden afectar su decisión de incorporarse a la mesa de mediación.

En ese sentido, múltiples elementos pueden incidir en la participación, por ejemplo, la ubicación del domicilio de las partes y la distancia con el Centro en donde deba realizarse la mediación puede ser determinante, ya que quien viva lejos de donde se realiza la mediación puede que elija no asistir basado en ese único factor. Esto va de la mano con el factor temporal, pues debemos considerar que las personas simplemente pueden no tener el tiempo disponible para asistir a una mediación, o bien no conseguir un permiso del empleador en la fecha en que se fije una primera sesión, lo cual está fuera de las manos del mediador. Además, debemos considerar los costos monetarios de traslado al lugar donde se realiza la mediación (hoy existe la posibilidad de mediar online por la ley 21.394 del 30 de diciembre del 2021), entre otros.

En términos anímicos, hay que considerar cómo se encuentra la relación de las partes antes de que se dé la instancia de la mediación. El proceso de participar en este método de resolución de conflictos requiere involucramiento de los implicados y la capacidad de abordar los resentimientos personales con tal de llegar a un acuerdo que pueda satisfacer sus intereses de manera parcial o total. De acuerdo con ello, puede suceder que las partes se presenten a la primera sesión, más no estén dispuestas emocionalmente para transitar desde sus posiciones hacia sus intereses y necesidades. Es así como, por ejemplo, en un caso de solicitud de restitución del inmueble arrendado, puede suceder que el arrendador no esté en condiciones de sentarse con quien considera ha incumplido el contrato, ocasionándole perjuicios, lo que le impide concurrir emocionalmente en el inicio de la mediación.

Para poder enfrentar esta situación, el mediador tendrá que tomar en cuenta que la presencia física no implica necesariamente que las partes estén disponibles emocionalmente, y tendrá que considerar ello, al momento de decidir su estrategia de intervención del conflicto, debiendo por ejemplo, realizar inicialmente sesiones en que se priorice la reparación de la relación entre las partes, en vez de intentar llegar un acuerdo lo más pronto posible, puesto que debe trabajar la calidad de ella, en vez de que se firme un acuerdo de manera apresurada, sin un compromiso real detrás de él. Así las cosas, el poder estar presente hace referencia a lo físico y lo emocional, no solo a la capacidad de concurrir a la instancia.

Sin embargo, una de las mayores barreras para la aplicación efectiva de este ADR se encuentra en el querer participar de las partes. Es así, como es posible que los partícipes puedan asistir e involucrarse emocionalmente en el conflicto, pero decidan no hacerlo. En este sentido en la mediación, “las personas participan en ella por propia decisión, y el mediador carece de poder para imponer una decisión a las partes en juego”⁵². Este es un elemento de la voluntad bastante relevante, pues también condiciona el actuar de las partes dentro y fuera de la mesa.

Por lo tanto, al momento de evaluar la voluntariedad de los agentes involucrados en una mediación, también debemos considerar que “la decisión de mediar está en cabeza de ambas partes. Tanto el convocado como el solicitante deben tomar esa decisión”⁵³. Ello se refiere a que la determinación de asistir y permanecer en la mediación es algo que cada persona involucrada considera para sí misma, tomando en cuenta su información acerca del proceso, y sus propias emociones, y experiencia en torno al conflicto. De allí la importancia de asistir a la primera sesión de mediación, ya que constituye una valiosa instancia para que el mediador pueda explicar más latamente las ventajas de la mediación y de que el conflicto se aborde a través de un mecanismo de diálogo, y por ello la labor de “Facilitación”, es decir, de contacto e invitación de las partes antes del inicio del proceso, particularmente la solicitada es tan relevante para que prospere la mediación, porque

⁵² Schilling Fuenzalida, M. T. (1999). *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile. p. 15.

⁵³ Eilbaum, D. (2015). “El delgado límite entre la voluntad de las partes, la del mediador y su neutralidad”. [online] Biblioteca.cejamerica.org. Disponible en: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/787/dteilbaum.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Revisado el 4 Mar. 2020]. p. 4.

precisamente ella puede lograr que una parte decida darle una oportunidad a este mecanismo.

Así, la legitimidad de la mediación se encuentra en que no sólo es opción de las partes llegar al acuerdo, sino también, la de decidir si continuarán o abandonarán la mediación, y ese poder de elección las revaloriza⁵⁴. Solo podemos apoyar este proceso en tanto sea voluntario y que el deseo de cada parte de mantenerse en la mesa continúe a lo largo de las sesiones.

Es sustancial para el progreso de la mediación que las partes expresen su voluntad de manera libre e informada. La información es definitivamente un condicionante de la voluntariedad. Además, esto sirve para construir confianza en el proceso en sí mismo, lo cual ayuda a generar la legitimidad necesaria para establecer compromisos a lo largo de la mediación, los cuales se definen como “planteamientos verbales o escritos que especifican lo que una parte hará o no (...) el compromiso se refiere a quiénes son las personas que van a llevar a cabo la negociación y sobre qué temas se van a poder comprometer”⁵⁵.

Por otro lado, es importante considerar cómo se expresa la voluntad de las personas jurídicas dentro de la mediación. Estas, “al igual que las personas naturales, son sujetos de derecho puesto que, son capaces de contraer obligaciones y ejercer derechos”⁵⁶, por lo que serán partes de los procesos de mediación. Por ejemplo, una empresa citada a una mediación en materia de cumplimiento contractual respecto de un proveedor de la misma, en el contexto de cadena de suministro. Esta voluntad se expresa a través de los representantes de la persona jurídica en cuestión, es decir, su albedrío es mostrado a través de personas naturales dentro del proceso de mediación, sin embargo, muchas veces la persona jurídica no necesariamente está alineada en cuanto a sus intereses, y así puede darse por ejemplo que la mirada de su Gerente sea distinta a la del Directorio, y ella diversa a la del Fiscal de la misma, viéndose entorpecida la participación en el proceso.

En términos concretos y para entregar un ejemplo, para que un abogado pueda transmitir la voluntad de una empresa, primero debe recurrir a una reunión con quienes lideran esta persona jurídica para poder entender cuáles son los distintos puntos de vista de todos los que están en una posición de poder dentro de la compañía, con tal de poder

⁵⁴ Ibid, p. 8.

⁵⁵ Curuchelar, G. (2012). Modelos de mediación. Enfoques de mediación. p. 9.

⁵⁶ Vélez Andrade, C. A. (2018). El daño moral en la persona jurídica. P. 12.

establecer un diálogo que más tarde represente el interés de la organización. Solo después de recogida la información de todas las personas que lideran la empresa, el abogado podrá realmente entender cuáles son los intereses que subyacen la materia a ser discutida eventualmente en una mediación.

Por otra parte, también debemos tomar en cuenta que existe la posibilidad de suscribir previamente cláusulas de mediación, en las cuales las partes se comprometen a pasar por este proceso, considerándolo como un método adecuado de resolución de conflictos antes de recurrir a la vía judicial, o al arbitraje. Esto se da en materia civil, y en esta sede la voluntad de las partes puede generar cláusulas escalonadas de resolución de conflictos.

En el caso de que una de las partes que pactó la mediación después se negara a participar, nos encontraríamos ante una vulneración de la buena fe, pues el acuerdo al que se había llegado previamente se había realizado con la intención de poder resolver el conflicto sin tener que recurrir a la vía judicial o al arbitraje en una primera instancia, lo cual se vulnera con el incumplimiento de uno de los involucrados.

En cuanto a cómo se manifiesta el consentimiento de las partes en una mediación, uno pensaría que esta voluntad se puede demostrar de manera tácita, accediendo a asistir a las sesiones sin necesariamente vocalizarlo, pero en realidad es más conveniente que esta sea evidenciada expresamente, es decir, que aquellas personas involucradas le comuniquen al mediador que van a ser parte de la mediación y que les interesa su desarrollo para que esta llegue a buen puerto. Esto se puede dar a través de distintos medios, tales como carta, correo electrónico, por teléfono, etcétera. Lo que es relevante aquí es que no quede duda de que están accediendo ir a través de su propio libre albedrío.

En conclusión, en la voluntad de las partes inciden diversas circunstancias, pero para fines de esta tesis nos enfocaremos en la información acerca del mecanismo como componente relevante al momento de decidir si asistir o no a la mediación, pues suele ocurrir que las partes han intentado antes negociar directamente el conflicto y que, dado el fracaso en esas conversaciones, prefieren no concurrir a la primera sesión por la falta de esperanza en una solución colaborativa, y por no comprender de manera apropiada como la mediación es un espacio distinto a las negociaciones bilaterales previas que se hayan dado entre las partes.

i. LA VOLUNTAD BASADA EN EL (DES)CONOCIMIENTO.

Aunque esta idea se ha expresado en secciones anteriores, en este acápite se explicará de manera particular qué es lo que se entiende por conocer e informar. Ello nos permitirá analizar cómo la información (tanto en su presencia como en su ausencia) se manifiesta en la determinación de las partes respecto a participar en una mediación. La Real Academia Española (en adelante, 'RAE') define el conocer como "Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas"⁵⁷, mientras que precisa el verbo informar como "enterar o dar noticia de algo"⁵⁸. En cuanto a su significado nos interesa entender ¿a qué se refiere esta "acción y efecto de informar"⁵⁹?

Originalmente, nuestra pregunta inicial para esta sección se refería a si una persona genuinamente puede aceptar asistir a un proceso de mediación sin conocer de qué trata, lo que conforme a esta Tesis, debilitaría la posibilidad de participación.

En nuestro país, pareciera que este desconocimiento en determinadas áreas ha disminuido. Esto se evidencia por ejemplo en el hecho de que, como comparación en el año 2019, un 62,1% de los usuarios entrevistados en la Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta telefónica de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar, tenía un conocimiento previo respecto de qué se trataba el proceso de mediación familiar⁶⁰, mientras que, acorde al Informe de Resultados de Satisfacción de Usuarios del año 2022, un 68,7% tenía un conocimiento previo respecto de qué se trataba la mediación familiar⁶¹. Vemos un aumento, incluso si todavía hay un 31,3% que se declara ignorante respecto del tema, porcentaje que debemos tener en cuenta.

⁵⁷ ASALE, R. (2020). Conocer | Diccionario de la lengua española. [online] «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Disponible en: <https://dle.rae.es/conocer?m=form> [Revisado el 4 Mar. 2020].

⁵⁸ ASALE, R. (2020). Informar | Diccionario de la lengua española. [online] «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Disponible en: <https://dle.rae.es/informar?m=form> [Revisado el 4 Mar. 2020].

⁵⁹ ASALE, R. (2020). Información | Diccionario de la lengua española. [online] «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Disponible en: <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n> [Revisado 4 Mar. 2020].

⁶⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2019). Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta telefónica de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar (p. 33). Santiago. Recuperado el 31 de enero de 2023, de https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/media/2019/12/AUDITOR%C3%8DA_EXTERNA_EVALUACI%C3%93N_DE_SATISFACCI%C3%93N_USUARIOS.pdf

⁶¹ ACNexo / Insights profundos, decisiones claras. (2021). Informe de Resultados Diseño, aplicación y análisis de encuesta de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar (p. 7). https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/media/2021/12/Presentacion_Resultados_ISN2021.pdf [Revisado el 10 de febrero de 2022].

A esto se añade que, según el Informe Final de Satisfacción de Mediación Familiar del año 2021, un 44,2% de los usuarios declaró haberse informado del proceso de mediación familiar a través de amistades, conocidos o familiares cercanos⁶².

A nivel nacional, a pesar de que la cantidad de mediaciones que llegan a acuerdo en familia ha ido aumentando paulatinamente con el pasar de los años, el informe estadístico entregado por el Ministerio de Justicia durante el año 2017 nos señala que la cantidad de causas frustradas, con 0 sesiones, alcanza el 44,18% de todas las causas ingresadas⁶³. Esta cifra es preocupante, pues significa que incluso con el impulso legislativo hacia la mediación que significó determinar la obligatoriedad de la instancia previo a la demanda, en un alto porcentaje una o ambas partes siguen eligiendo desistir de intentar mediar el conflicto que los llevó a los medios jurisdiccionales desde un inicio.

Aun cuando tengamos determinada la cifra de casos en los que una o ambas partes deciden no participar, desconocemos las razones por las que tomaron esa decisión. En estos tiempos donde cada vez es más fácil obtener información a través de páginas web tales como www.mediacionchile.cl, podríamos pensar que los canales de información son más expeditos. Entonces, ¿concurren otras causas o motivaciones para determinar no participar en un proceso de mediación ex antes, aparte del desconocimiento?

Particularmente tratándose del ámbito civil y comercial, considerando que no existe normativa, es posible recurrir a las “Estadísticas sobre mediaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de Cámara de Comercio de Santiago⁶⁴ durante el último sexenio 2014 – 2019, al 27 de abril de 2020.”, podemos observar que el porcentaje de participación ha ido aumentando con el pasar de los años⁶⁵. Por tanto, pareciera que, a más información, más participación. De esta manera, la falta de información incide en la falta de participación.

⁶² Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2021). Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar (p. 33). Santiago. Recuperado el 31 de enero de 2023, de <https://www.mediacionchile.gov.cl/wp-content/uploads/2022/04/Informe-Final-Satisfaccion-Mediacion-Familiar-2021.pdf>

⁶³ [Mediacionchile.cl](http://www.mediacionchile.cl). (2017). INFORME ESTADÍSTICO SISTEMA NACIONAL DE MEDIACIÓN. [online] Disponible en: https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/media/2018/05/Informe_Estad%C3%ADstico2017.pdf [Revisado el 4 Mar. 2020].

⁶⁴ El CAM Santiago realiza mediaciones civiles y comerciales desde el año 1997 y para ello cuenta con profesionales dedicados al área, en específico con 22. Además, tiene reglamentos de mediación propios, junto a un código de ética. Información recuperada el 31 de enero de 2023 de: <https://www.camsantiago.cl/servicio/mediacion/> y https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2020/03/codigo_etica.pdf

⁶⁵ ASTETE, B., LAGOS, S., OLIVARES, D. (2020). Estadísticas sobre mediaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago durante el último sexenio 2014 – 2019, al 27 de abril de 2020. P. 5

Considerando que la mediación lleva bastante tiempo instalada en Chile, desde hace más de 20 años, no debería ser considerado algo tan novedoso, porque fácticamente no es así. Sin embargo, los porcentajes de frustración en una mediación instalada como la de familia, y una en vías de consagración como la civil y comercial, nos dicen otra cosa.

En ese sentido, “la mediación en nuestra legislación se ha recogido en forma paulatina, absolutamente sectorizada y de manera inorgánica, es decir, en determinados ámbitos del quehacer jurídico y muchas veces a través de regulaciones, poco claras respecto al modelo de método RAD que se está consagrando”⁶⁶. Así las cosas, podemos concluir que este mecanismo de resolución de conflictos todavía no se ha asentado en Chile del todo, puesto que aún no se ha formado una cultura de la mediación en términos concretos. Estamos atrasados a nivel nacional respecto de este tema, y por muchos años que hayan pasado desde su llegada, aún las personas, sean naturales o jurídicas, deciden no asistir a esta instancia en base a distintos motivos que incluyen falta de información y prejuicios sobre este mecanismo.

Por ello, en cuanto conocimiento debemos distinguir entre la llegada del mecanismo a Chile, el conocimiento sobre la mediación y el querer participar en ella. Es muy distinto saber que la mediación existe a entender en qué consiste, y con ello va de la mano el desear ser parte de este proceso.

A mayor abundamiento, la Auditoría “Diseño, aplicación y análisis de encuesta de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar “del 2021, señala que la barrera de información “tiene relación con el poco seguimiento e información que reciben respecto del proceso, no se perciben acciones de difusión por parte de los/as usuarios/as, salvo cuando son solicitados al proceso mismo.”⁶⁷, y por ello podemos concluir que parte importante del esfuerzo debe estar vinculado a la difusión.

Por lo tanto, para abordar la forma en que la superación de este desconocimiento potencial del mecanismo mediación puede ser superado, debemos distinguir entre la teoría y la ejecución de una mediación, para así poder precisar donde realizar los ajustes necesarios.

⁶⁶ LAGOS OCHOA, M. S. Incorporación de la mediación en el Derecho chileno: análisis crítico. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, 93-120. P. 1-2.

⁶⁷ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2021). Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar (p. 118). Santiago. Recuperado el 31 de enero de 2023 de <https://www.mediacionchile.gob.cl/wp-content/uploads/2022/04/Informe-Final-Satisfaccion-Mediacion-Familiar-2021.pdf>

4.C. ENTREGA DE INFORMACIÓN SOBRE EL PROCESO DE MEDIACIÓN: DESDE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA.

La entrega de la información varía entre la teoría de una mediación, es decir, cómo creemos que esta debería realizarse, versus la práctica de ella, que hace referencia a cómo esta toma lugar en la realidad.

Partiendo por cómo debería desarrollarse una mediación “en teoría”, uno de los supuestos necesarios para la realización efectiva de este mecanismo es la igualdad entre las partes. La necesaria equidad en la mesa importa que todos los participantes deben saber de qué trata el proceso, y en qué consiste un acuerdo, las fases y principios, entre otros elementos, pero muchas veces esto está ausente antes de la primera sesión.

De allí que realizar campañas de difusión sobre este tema, podría ser útil para lograr que las personas sepan en qué consiste el proceso y con ello tomar una decisión consciente, ya sea de asistir o no. La igualdad, en esta etapa se relaciona con el conocimiento previo del mecanismo.

De esta manera, y a pesar de los avances en este ámbito, podemos notar que aún la brecha entre cómo funcionaría una mediación hipotéticamente versus cómo se desarrolla es importante, a pesar de los esfuerzos de quienes ejercen en este ámbito por propagar sus conocimientos al resto de las personas. Es por esto por lo que el esfuerzo que se realice debe ser a nivel sistémico y no meramente individual, como explicaremos con mayor detalle en los siguientes capítulos.

En ese sentido, en el aspecto puramente teórico, las partes deberían ya estar informadas sobre este ADR, antes de que tener que decidir sobre participar o no en este proceso. Para esto es necesario una mayor entrega de información previa al inicio del proceso, con tal de que luego, cuando el mediador se contacte con las personas, este pueda explicarles con detalle en qué consiste la mediación particular que inician, pero existiendo una base de conocimiento anterior que facilite esta tarea. Sin embargo, en la práctica uno puede constatar que esto lo hace el mediador en la primera sesión. De esa forma, no tiene mucho sentido para alguien que no conoce en qué consiste este ADR asistir a una primera sesión en la que no sabe bien de qué tratará el proceso con otra persona con quien probablemente ya tiene una relación tensa, además posible futura contraparte en sede judicial o arbitral.

En la práctica, dado el desconocimiento acerca del mecanismo, sumado a la falta de consagración legal, hoy en día en nuestro país en el ámbito civil y comercial prácticamente hay que convencer a las partes para que participen de esta instancia, por lo que el cambio de paradigma se encuentra lejos de estar finalizado respecto a la recurrencia de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos. En términos más simples, este método alternativo existe y está asentado en mayor medida en el ámbito familiar, pero aun así en muchos casos es visto como “un trámite más” que hay que hacer antes de poder ir a juicio, y finalmente no se integra al proceso.

Hay diversos elementos dentro de las interrogantes que configuran el desconocimiento que podría influir en el desarrollo de la mediación en Chile, entre ellos “la ignorancia y la desinformación, la inercia (es mejor hacer las cosas como siempre se han hecho), el temor a lo desconocido y el temor a perder el control (como si esto último realmente fuera posible en un proceso judicial)”⁶⁸. Siguiendo a Gachi Tapia y Francisco Diez, “para que las partes puedan lograr un acuerdo tienen que poder cambiar la manera con la que vienen lidiando con el problema. Para que puedan cambiar esa manera de funcionar, tienen que sentir confianza.”⁶⁹ Por consiguiente, la información puede incidir en la confianza de las partes con la mediación como un proceso provechoso para ambas.

En términos concretos, respecto de las personas que saben en qué consiste este ADR y las ventajas de resolver de manera colaborativa una diferencia, existen mayores posibilidades de que lleguen a sentarse a la mesa, independiente de si llegan a un acuerdo o no.

En este mismo sentido, en el Informe Final de resultados del Estudio práctico de Unidad de Orientación y Mediación civil en Juzgados Civiles de Viña del Mar y 2º Juzgado de Letras de San Bernardo se señala que, respecto a los usuarios, “se requiere mantener una estrategia permanente de información, puesto que fue ese mecanismo el que mejor funcionó en la difusión del proyecto”⁷⁰. Esto sustenta lo recién señalado en el párrafo anterior, puesto que la publicidad de la mediación ayuda a que las partes puedan concluir si les es beneficioso asistir a la realización de este ADR.

⁶⁸ Vargas Pavez, M. (2008). Mediación Obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación. Revista de derecho (Valdivia), 21(2), 183-202.

⁶⁹ Gachi y Diez. Op. Cit. p. 51.

⁷⁰ Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Estudios de la Justicia (2022). Informe de resultados finales estudio práctico “unidad de orientación y mediación civil en juzgados civiles de Viña del Mar y 2º Juzgado de Letras de San Bernardo”. P. 149.

Además, el Informe en esa misma línea de pensamiento señala que “Los esfuerzos de difusión realizados resultaron ser de bajo impacto, por lo que se recomienda una estrategia de mayor profundización al respecto, especialmente enfocada en la comprensión de los principios sobre los que se estructura (protagonismo de las partes, voluntariedad, equilibrio de poder o igualdad, confidencialidad, imparcialidad/neutralidad/equidistancia), las ventajas de resolver las diferencias a través del diálogo y la focalización en los distintos intervinientes.”⁷¹ Se resalta que esta planificación no puede ser realizada únicamente por abogados y asistentes sociales, sino que debe existir un planteamiento a nivel macro que solo puede ser realizado a gran escala por comunicadores y personas especializadas en la difusión de información.

Ahora, también es importante tener en cuenta de que en el ámbito civil y comercial, conforme a la práctica nacional que da cuenta la experiencia del CAM Santiago, así como en el proyecto de ley de mediación en la que se consagra la facilitación en los artículos 16 en específico y brevemente en el artículo 19, sí se desarrolla una labor de información, puesto que al momento de realizarse la facilitación (contacto con la parte solicitada) se comunica y explica a las partes sobre en qué consiste la mediación y cuáles serían sus ventajas de participar en ella, si así lo desearan. Es importante distinguir que la persona que realiza la facilitación es distinta de quien realiza la mediación.

Para dar un ejemplo, en el CAM Santiago, se realizó un Informe sobre 1.000 Mediaciones Online Gratuitas, en el cual “Se evidencia que se facilita el contacto con la parte solicitada, cuando la primera comunicación la realiza la Unidad de Mediación del CAM. A fin de comunicar la existencia de una solicitud de mediación y legitimar al mediador, se remite un breve resumen del currículum del profesional que se hará cargo del caso. La labor de facilitación realizada por el Centro es crucial a la hora de lograr la adhesión del solicitado al proceso de mediación.”⁷²

En el Mensaje del proyecto de ley de mediación civil y comercial que actualmente se encuentra tramitando en el Senado, se señala también “el rol crítico que cumplieron los facilitadores para efectos de lograr que las partes acepten someterse al proceso de

⁷¹ Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Estudios de la Justicia (2022). Informe de resultados finales estudio práctico “unidad de orientación y mediación civil en juzgados civiles de Viña del Mar y 2º Juzgado de Letras de San Bernardo”. P. 150.

⁷² Unidad de Mediación CAM Santiago (2022). Informe sobre 107 Mediaciones. P. 11. Recuperado el 24 de febrero de 2023 en <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2022/05/Informe-sobre-107-mediaciones-probono-2022.pdf>

mediación y busquen acuerdos”⁷³, por lo que es un cometido de particular importancia que debe ser denotado. Para esto, lo que se busca es “administrar el servicio de mediación”⁷⁴, con tal de que la cobertura de este ADR pueda aumentar y las personas puedan acceder al conocimiento de este previo a la primera sesión, con tal de poder tener una voluntad más informada, como se ha señalado anteriormente.

Es importante tener presente que esta facilitación la realiza el Centro o la Unidad que provee el servicio de mediación (no el mediador), a través de un Facilitador, siendo encargado de realizar la difusión de información, por lo que resulta ser en términos generales, una función ausente en el contexto nacional actual en el que el Estado licita el servicio de mediación, por ejemplo, en el ámbito de familia.

Esta es una de las razones por las que la falta de regulación normativa del mecanismo en materia civil y comercial es tan relevante, ¿se va a difundir la mediación a través de una política pública, si no hay una ley al respecto? Por ello, la mediación debe encontrarse regulada.

Ahora bien, Chile no es el único país que tiene problemas con la entrega de información en la práctica de una mediación. Viendo las experiencias comparadas, Gaddi señala que en Argentina se da una situación similar respecto de la información que manejan las partes antes de que se realice la instancia de mediación, puesto que “En la generalidad de los casos, las partes no saben, por lo menos antes de empezar la mediación que el mediador no tiene poder para decidir e imponer soluciones; por tanto tienen la expectativa de poder hacer valer sus pretensiones, de manera que se les reconozca la razón en contra del otro”⁷⁵. Así, se observa que las expectativas de los agentes involucrados afectan el desarrollo del proceso de mediación, junto a la dificultad extra que esto implica para el mediador, pues además de realizar el discurso de apertura correspondiente a la primera sesión, también tendrá que lidiar con los prejuicios de las partes con tal de desarrollar su labor de la mejor manera plausible.

⁷³ Ley N° 447-369. Mensaje de S.E. Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que regula la Mediación Civil y Comercial. P. 12. Revisado el 20 de enero de 2023 en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/447-369-Mensaje-Mediacion-civil-y-comercial.pdf>

⁷⁴ Ley N° 447-369. Mensaje de S.E. Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que regula la Mediación Civil y Comercial. P. 13. Revisado el 24 de febrero de 2023 en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/447-369-Mensaje-Mediacion-civil-y-comercial.pdf>

⁷⁵ Gaddi, D. (2016). Una extraña entre nosotros. Una experiencia de verificación empírica en el Centro de Mediación Prejudicial Gratuito de la Universidad de Buenos Aires. En La mediación en el patrocinio jurídico de la Facultad de Derecho UBA (1a ed.). Universidad de Buenos Aires. p. 108.

En nuestro país se generan problemas similares, los cuales añaden más matices al conflicto que llevan a la mesa de mediación. Incluso, se podría considerar que se genera otro conflicto en sí mismo basado en lo que se cree que es este ADR, respecto de si participar o no en una instancia donde los involucrados creen que pueden suceder las siguientes variantes, todas erróneas:

1. “Dentro de la mediación, el mediador propone soluciones a las partes.”
2. “El mediador le creerá más a él que a mí, por lo que tomará su lado.”
3. “Llegar a un acuerdo no sirve de nada, porque no tiene efectos jurídicos”.

Considerando las alegaciones que se pueden realizar en base a la ignorancia, es el Estado quien debe velar por la correcta socialización de los mecanismos que pone a disposición de los ciudadanos para resolver sus diferencias, siendo relevante la difusión que se pueda realizar a través de organismos especializados y políticas públicas vinculadas al acceso a la justicia.

Al momento de desarrollar políticas públicas, hay que buscar formas para que la información llegue a las personas que necesitan recurrir a esta instancia. De esta manera, la tarea de informar no debería ser algo realizado solo por el Centro al momento de contactar, o en la primera sesión por un mediador, sino que se debe desarrollarse una difusión más macro en el contexto de una política pública.

Ahora, corresponde hablar sobre otras asimetrías que podrían incidir en la voluntariedad, entregando ejemplos y explicaciones sobre cómo pueden afectar la realización de dicho principio.

5. OTRAS ASIMETRÍAS QUE PODRÍAN INCIDIR EN LA VOLUNTARIEDAD.

Así las cosas, podemos observar que hay varias situaciones, más allá de la desinformación que podrían incidir en la participación voluntaria en un proceso de mediación:

1. Aquellos casos en que las partes tienen un desequilibrio económico notorio, por lo que una tiene más poder que la otra en la mesa en base a su capacidad financiera, lo cual puede influenciar el resultado de la mediación.

2. Aquellas situaciones en que una de las personas involucradas depende directamente de la otra para subsistir respecto de su bienestar, como aquella que cuida de la otra que se encuentra enferma.
3. Aquel suceso en que la salud mental de alguna de las partes está notoriamente afectada por el conflicto en cuestión, al grado de afectar el desarrollo de la mediación.

Estos son ejemplos basados en problemáticas reales, las cuales surgen por deficiencias en la simetría entre las partes, siendo el mediador el que debe hacerse cargo de ellas, pues es quien maneja las herramientas correctas para abordarlas.

El mediador no corrige las asimetrías a través de una superación fáctica de las mismas, sino que a través de herramientas comunicacionales evidencia estas diferencias y potencia otras fortalezas de las partes que van generando un equilibrio y un balance entre ellas en la mesa de tal manera que todas las personas involucradas se sientan y se encuentren en un plano de igualdad en lo que respecta a la resolución del conflicto.

A continuación, se abordará cómo la obligatoriedad en cuanto requisito procesal previo al juicio puede ser vista como un impedimento al verdadero libre albedrío de las partes, esto es, la voluntariedad.

6. LA OBLIGATORIEDAD COMO REQUISITO PROCESAL PREVIO V/S EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN NUESTRO PAIS.

Uno podría preguntarse si la obligatoriedad, entendida como el requisito previo para poder interponer una demanda e ir a juicio, choca de alguna manera con el principio de voluntariedad, el cual indica el libre albedrío de las partes de asistir y mantenerse en la mediación. Después de todo, si una persona quiere ir derechamente a juicio, evitando la mediación pues no es de su interés, ¿acaso la obligatoriedad no le impide ejercer su derecho?

Para responder dicha pregunta, debemos analizar aquellas materias en las cuales es obligatorio recurrir a la mediación antes de interponer una demanda.

Mirando la legislación nacional a nivel de su ordenamiento jurídico, el Estado de Chile establece que la mediación es obligatoria en ramas como el derecho de familia y la responsabilidad médica, ambas consideradas como materias que se encuentran dentro del

Derecho Civil. Este método de resolución alternativa de conflictos fue implementado a través de las Leyes N.º 20.286 y N.º 19.966, respectivamente:

1. Respecto del ámbito de familia, primero se crearon los tribunales de familia y después surgió la mediación familiar como un mecanismo válido de resolución de controversias familiares en el año 2004, sin embargo, al ser una instancia completamente voluntaria, el desconocimiento sobre la materia ocasionó que ingresaran menos casos de los esperados a nivel general, por lo que en el año 2008, se dictó la Ley N° 20.286, que modificó la Ley N° 19.968, y que entre otras cosas, convirtió a la mediación familiar en una instancia previa y obligatoria en las materias de mayor concurrencia en la justicia de familia, a saber, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular”.⁷⁶ Así, el Estado se dio cuenta de que había problemas con la implementación de este ADR como un método completamente voluntario, por lo que decidió establecer su obligatoriedad con tal de que las partes pudieran tener la opción de llegar a un acuerdo sin recurrir a la vía judicial, para así ojalá descongestionar los tribunales de familia. En ese sentido, se buscaba que la mediación sirviese como un filtro para que solo aquellas causas en las cuales no se pudo mediar el conflicto llegasen a ser vistas en juicio.

2. La Ley N°19.966 fue promulgada un poco más tarde que la ley de familia recién mencionada, en específico durante el año 2005, y tomó ese modelo de mediación como base estableciendo que “las personas que deseen iniciar una acción judicial en contra de un establecimiento asistencial -público o privado- para hacer efectiva su responsabilidad civil por daños derivados del otorgamiento de prestaciones de salud, deben previamente someter su reclamo a un procedimiento de mediación.”⁷⁷ Así, se buscó que las partes tuviesen que pasar por esta instancia como prerequisite de la demanda. No obstante, se creó una distinción especial dependiendo de si el prestador de servicios de salud reclamado era de naturaleza pública o privada. En caso de que el establecimiento sea público, la mediación se realizará ante el Consejo de Defensa del Estado; si se trata de un prestador de salud privado, ya sea un funcionario, una clínica u otra institución, la mediación se deberá desarrollar con un mediador acreditado por la Superintendencia de Salud y cuya designación haya sido acordada en común por las partes.

⁷⁶ Salazar, M. (2016). A 10 años del Sistema Nacional de Mediación Familiar en Chile. Revista de Mediación Familiar chilena. [en línea] Recuperado el 31 de enero de 2023, de <https://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016.pdf>, p. 8.

⁷⁷ Superintendencia de Salud. (s. f.). Mediación con Prestadores Privados. [en línea] Recuperado el 10 de octubre de 2020, de <http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-propertyvalue-3340.html>

Ahora bien, estando esta memoria vinculada a la reforma procesal civil, es interesante revisar como se contempla la obligatoriedad en el respectivo proyecto. En su artículo sexto, este indica que “La ley podrá establecer que ciertas materias sean sometidas a un proceso de mediación como requisito previo al ejercicio de las respectivas acciones jurisdiccionales.”⁷⁸ Además, en su artículo séptimo se señala que “Tratándose de un procedimiento en que procede mediación con citación obligatoria, de conformidad a la ley, si la parte que es requerida para participar en la misma no concurre injustificadamente, sólo podrá demandar reconvenzionalmente previa tramitación de la correspondiente solicitud de mediación, en conformidad al artículo 14.”⁷⁹

Por lo tanto, podemos concluir respecto del proyecto de mediación civil que se establece la voluntariedad como regla general, entregándole al legislador las facultades de determinar qué materias son aquellas que deberán pasar por una instancia de mediación previa obligatoria.

Es importante, siempre tener presente que el principio de voluntariedad no se ve afectado por la obligatoriedad de recurrir a la instancia de mediación, porque siendo la instancia obligatoria, la asistencia no lo es, por lo que una parte perfectamente puede frustrar la mediación al no asistir, de tal manera que actuaría en conformidad a su interés de recurrir directamente a la vía judicial. Desde esta perspectiva, y de acuerdo a la normativa vigente en el ámbito de familia y de salud, el mediador deberá citar en dos oportunidades a quién no haya comparecido sin causa justificada para que opera la causal de término por ausencia.

En este sentido, resulta pertinente revisar la Sentencia Rol N° 2042 del Tribunal Constitucional, del 10 de julio de 2012⁸⁰, en Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto de los incisos primero y segundo del artículo 43 de la Ley 19.966, que establece el Régimen de Garantías de Salud, donde la requirente sostuvo que la exigencia consistente en someter su reclamo a un procedimiento de mediación previo al ejercicio de acciones constitucionales, vulneraba las garantías consagradas en el artículo 19 n° 2, 3, 24 y 26 de nuestra Constitución. Entre sus argumentos, señaló que la mediación

⁷⁸ Proyecto de Reforma Procesal Civil, revisar bibliografía.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2012, Rol n° 2042.

era vista por su parte como un requisito de actuaciones prejudiciales previas, lo cual limitaba su acceso igualitario a la justicia⁸¹.

Al resolver este asunto, el Tribunal Constitucional indicó que la mediación “no impide el ejercicio posterior de las acciones judiciales correspondientes en el caso de que la mediación fracase. Sólo en el evento en que ésta sea exitosa debe contemplarse la expresa renuncia del reclamante a las acciones judiciales correspondientes.”⁸² Esto también se relaciona con el artículo 45 de la ley 19.966, el cual recalca que “Durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiera lugar.”⁸³

Además, volvió a señalar la importancia de este ADR al indicar que “en la doctrina existe un amplio consenso en el sentido de que la mediación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, importa un proceso que acerca a la justicia a los ciudadanos, democratizándola, pues son las mismas partes quienes superan sus divergencias y convergen a una solución con la colaboración de un tercero imparcial.”⁸⁴

Fue gracias a que se siguió esa misma línea de pensamiento que se rechazó el requerimiento de inaplicabilidad, aunque obtuvo los votos en contra de los Ministros Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado, quienes se encontraron a favor de acoger la inaplicabilidad sostenida, puesto que consideraron que el artículo 43, inciso segundo, de la Ley 19.966, era contrario a la Constitución.

7. ¿POR QUÉ SE PREFIERE EL JUICIO A LA MEDIACIÓN PARA RESOLVER UN CONFLICTO JURÍDICO?

Se ha establecido a lo largo de esta tesis que la mediación tiene múltiples ventajas. Como señala Fariña, el rol de los ADR tiene múltiples propósitos, tales como la descentralización de la justicia y lograr que las personas puedan resolver sus conflictos con menores costos en comparación a un juicio.

⁸¹ Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2012, Rol nº 2042. P. 4.

⁸² Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2012, Rol nº 2042. P. 18.

⁸³ Ley Nº 19.966. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 3 de septiembre de 2004. Recuperado el 11 de marzo de 2023 en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229834>

⁸⁴ Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2012, Rol nº 2042. P. 17.

En esta línea de ideas, dentro de las ventajas de la mediación, Fariña hace bien al sintetizar las siguientes:

- “— Mitigar la congestión de los tribunales⁸⁵;
- Incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos;
- Reducir el costo y la demora;
- Facilitar el acceso a la justicia;
- Suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas.”⁸⁶

Por ello, nos preguntamos por qué las personas muchas veces prefieren resolver sus conflictos a través de juicios en vez de recurrir a la mediación, y una de las posibles respuestas, entendiendo que estamos frente a un fenómeno multicausal, puede ser que las ventajas del mecanismo no sean conocidas por el usuario, ya que el Estado no las ha socializado.

Afianza esta idea de falta de conocimiento, la constatación de que el marco regulatorio local está acentuado por una preferencia a recurrir a tribunales. Esto es confirmado por Schilling, quien nota que dentro de los motivos detrás de la negativa de las partes a participar en una mediación, se encuentran las siguientes razones:

- “a) Escasa familiaridad con el proceso;
- b) Adhesión rígida al enfoque gana-pierde en la resolución de disputas;
- c) Emociones intensas que bloquean las comunicaciones;
- d) Adhesión habitual a los medios judiciales de resolución de las disputas.”⁸⁷

Aunque este autor se refiere a la aplicación de los métodos RAD dentro de Argentina, nos parece que estos motivos son lo suficientemente generales dentro de Latinoamérica como para que se puedan aplicar en esta tesis, la cual busca referirse a la realidad de la mediación chilena. Las partes siguen prefiriendo recurrir a los tribunales para

⁸⁵ En términos actuales, la congestión de tribunales en nuestro país ha aumentado durante el contexto en el que se ha escrito esta tesis, esto es, en la pandemia causada por el COVID-19, puesto que debido a los efectos del Estado de Emergencia decretado por el Presidente de la República, y las consecuencias producidas por las normas establecidas en la ley 21.226, las causas civiles no avanzaron en forma normal hasta el 30 de Septiembre del año 2021, fecha en la cual terminó el último Estado de Excepción.

⁸⁶ Fariña, G., Op. Cit., p. 40.

⁸⁷ Schilling, M.T., Op. Cit., p. 89.

poder resolver sus conflictos judiciales, puesto que es lo que más se conoce culturalmente, mientras que se establece un contraste con la mediación, la cual no es tan conocida como para ser pensada como la primera opción al momento de resolver un asunto judicial entre dos partes.

Por otro lado, también debemos preguntarnos por qué exactamente es el aparato estatal el responsable de socializar la información sobre mediación y, a nivel más profundo, responder a la interrogante de por qué es el Estado el garante de la justicia. A nivel general, “Los Estados al constituirse como una organización social, jurídica, política y administrativa, tienen como fin garantizar la protección y seguridad de sus miembros”⁸⁸. Esta protección se realiza a través de diversos derechos, entre los cuales están los derechos sociales, los cuales incluirían dentro de su contenido, la ejecución de la bajada de información sobre la mediación.

Por lo tanto, debemos preguntarnos: ¿El Estado debe velar por garantizar la justicia? Para esto, se debe tomar en cuenta que “La aparición del Estado, como lo plantearon Hobbes y Locke, se da por la necesidad de existencia de un juez imparcial para que sea posible definir un castigo proporcional a su falla sin extralimitarse en sus funciones y de esta manera preservar el orden social.”⁸⁹ Por lo tanto, desde su origen se propone que sea quien se encargue de entregar a cada uno lo que le corresponde. Esto se concluye en base a que en “el Estado recae la responsabilidad de garantizar la justicia y por tanto la sobrevivencia del individuo y la comunidad.”⁹⁰

Nosotros entendemos que la mediación es parte de la justicia, en base a que “La mediación tiene su razón de ser en la necesidad de ordenar el conflicto cara a la pacificación de la situación de base que enfrenta a las partes. Busca por tanto una cultura de paz en justicia”⁹¹, por lo que el Estado debería velar por la correcta implementación de este mecanismo, lo que conlleva una adecuada difusión de este mismo. Pero de acuerdo a nuestra cultura jurídica local, es acertada esta aseveración, ¿en Chile se considera que la mediación es parte del concepto “justicia”?

⁸⁸ Moya, D. F. L. (2021). Las políticas públicas como garantía de los derechos fundamentales. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 44-60. P. 45.

⁸⁹ Rodríguez Torres, J. A. La función social de la Justicia. P. 2.

⁹⁰ Rodríguez Torres, J. A. La función social de la Justicia. P. 2.

⁹¹ Rodríguez, C. (2017). La Mediación. ¿Una respuesta al nuevo paradigma del Derecho?. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (15), 243-256.

Y es ahí donde nos encontramos ante un problema bastante grande: la mediación no se encuentra incorporada en ninguna parte de nuestra carta fundamental, la Constitución de 1980. Por ello, una Carta Magna que contemplara los mecanismos resolución colaborativa de conflictos dentro del ámbito de la justicia propiciaría e impulsaría con más fuerza la regulación legal de la mediación en Chile.

Sumado a lo anterior, “para incorporar los mecanismos RAD es imperioso reformar la justicia civil vigente en Chile, transitando desde un proceso esencialmente escrito hacia un proceso contradictorio adversarial en el que prime la oralidad y la inmediación, contemplándose diversos mecanismos rad, ya sea en forma previa obligatoria o voluntaria y que ubique al proceso judicial como última ratio, cuando ninguna de las posibilidades haya tenido éxito y ello es posible incorporando la idea de un sistema multipuertas.”⁹²

Sobre las políticas públicas, esto es, por qué el Estado debe hacerse cargo de su difusión, se denota que estas “aparecen como herramientas materializadas en planes, proyectos nacionales y sectoriales, talleres y demás acciones y estrategias tanto a mediano y largo plazo que deben ser formuladas, ejecutadas, evaluadas y controladas para el desarrollo y cumplimiento de los derechos, tanto fundamentales como humanos que han sido plasmados a nivel constitucional y en los tratados y convenios internacionales”⁹³. Lo cual nuevamente nos lleva al problema consistente en que, sin consagración constitucional, y sin ley de mediación civil, no hay una justificación, desde la perspectiva del Estado, para realizar una difusión de políticas públicas sobre este tema. Ahora bien, sin perjuicio de lo recién señalado, también es importante recalcar que la Constitución actual no es un obstáculo insalvable para a la incorporación de este ADR en el ámbito legal, pero no lo incentiva particularmente.

El Estado inicialmente debe hacerse cargo de la justicia (comprendiendo dentro de ella el mecanismo mediación) y de la difusión de las políticas públicas necesarias para la concreción del derecho. En este orden de ideas el primer artículo de la Constitución actual señala que “Es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” Para que esto sea posible, es necesario que estas sepan sobre las leyes y políticas públicas correspondientes. De lo contrario,

⁹² Lagos, M. S. (2017). Resolución de conflictos en Chile a 50 años de la propuesta del sistema multipuertas de Frank Sander. *Revista de Derecho* (Nº37), pp. 115-147. P.143-144.

⁹³ Moya, D. F. L. (2021). Las políticas públicas como garantía de los derechos fundamentales. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 44-60. P. 58.

fácilmente podrían caer en desconocimiento y no podrían ejercer sus derechos en su vida diaria.

Ahora, respecto al conocimiento sobre la mediación, un avance en esta materia consiste en la ley N° 21.394 publicada en el Diario Oficial de fecha 30 de noviembre de 2021, en la cual en su artículo tercero bis se establece que “Es deber de los abogados, de los funcionarios de la administración de justicia y de los jueces, promover el empleo de métodos autocompositivos de resolución de conflictos, como la conciliación, la mediación, entre otros. Estos métodos no podrán restringir, sustituir o impedir la garantía de tutela jurisdiccional.” Es decir, se reconoce que las personas habilitadas para el ejercicio de dichas profesiones deben fomentar la aplicación de los diversos ADR, tales como la mediación, con tal de que se evite el fenómeno descrito anteriormente, esto es, que el conocimiento de este mecanismo adecuado de resolución de conflictos se quede atrapado solo entre los expertos.

Cabe señalar que para esto se requiere que los operadores del sistema tengan conocimiento de estos mecanismos y que los comprendan, para lo cual la formación ya en pregrado debiese ser obligatoria sobre ADR. Los operadores de la justicia deben conocer los medios adecuados de resolución de conflictos, pues es gracias a ellos que sus clientes o patrocinados podrían encontrar una solución acorde a sus intereses y necesidades.

Para finalizar este capítulo, se aborda la mediación online. En efecto, en estos tiempos de mayor acceso a la tecnología, y dado que esta tesis está siendo escrita dentro del contexto post pandemia de Covid-19, resulta inevitable hacer algún tipo de referencia a la mediación online, la cual se popularizó en los tiempos de cuarentena. Para las y los mediadores se presentó como un desafío poder seguir realizando sus trabajos considerando que anteriormente se pensaba que la mesa circular presencial era esencial para el desarrollo de la mediación, pero se ha descubierto que la modalidad online puede ser una manera exitosa de reunir a las partes que muchas veces no podían calzar sus horarios para poder convocar la instancia de manera presencial; así, se pierde lo físico de la mesa, pero se mantiene la idea de neutralidad e igualdad sin importar el medio a través del que se realice la mediación. Esto entrega una gran ventaja en términos de tiempo y costos, por lo que nos parece que la mediación online ha llegado para quedarse en Chile.

Así las cosas, la profesora Soledad Lagos (2020) indica a propósito servicio de justicia y la paralización de los juicios durante la pandemia que “parece muy evidente que

la mediación y particularmente la on line es ese mecanismo, que podría abordar un gran volumen de los conflictos, en un tiempo y a un costo acotado, añadiendo valor a las soluciones que se alcancen, permitiendo instalar en los participantes herramientas de diálogo, tan necesarias en los tiempos que corren”⁹⁴.

Siguiendo por la misma línea, también señala que “en un país tan desigual como Chile, que las personas se sienten en una mesa presencialmente o vía remota a resolver sus diferencias, frente a un tercero imparcial, es mucho más que desjudicializar los tribunales; es cambiar nuestra forma de hacer las cosas, nuestra cultura, y permitir la generación de espacios en donde las asimetrías puedan ser abordadas, garantizando el acceso efectivo a la justicia”⁹⁵.

Coherente a ello, la ley 21.394 ya citada, consagró en el número 5 del artículo 4 en forma expresa el procedimiento online de la mediación en el ámbito de familia, al agregarle un inciso final al artículo 103 de la ley 19.968, al señalar que “La mediación, con acuerdo de las partes, se podrá realizar vía remota mediante videoconferencia según lo dispuesto en el artículo 109 bis, si el mediador contare con los medios tecnológicos para ello. Ambas partes podrán comparecer remotamente, o bien, una de ellas podrá hacerlo de manera remota y la otra en las dependencias del mediador o del Centro de Mediación, si así lo convinieren”.

Sin embargo, para acceder a este mecanismo de resolución de conflictos en su formato online se requiere un computador, y una conexión estable a internet, y eso es algo que muchas personas no necesariamente disponen. En ese sentido, hay una brecha digital de la cual debemos estar conscientes, por lo que siempre debe existir en la provisión del servicio, tanto la opción de recurrir a la mediación online como a la mediación presencial.

Particularmente respecto del ámbito civil y comercial, el proyecto de ley civil de mediación presentado ante el Senado, indica que “a fin de promover y facilitar este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la iniciativa contempla la posibilidad de que la mediación pueda realizarse en forma remota por videoconferencia, cuando exista

⁹⁴ Lagos, M.S. (2020). MEDIACIÓN ON LINE: UN MECANISMO ADECUADO Y NECESARIO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. Diario Jurisprudencial N°5. Recuperado el 31 de enero de 2023 de <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/1599000547490.pdf> P. 6.

⁹⁵ Lagos, M.S. (2020). MEDIACIÓN ON LINE: UN MECANISMO ADECUADO Y NECESARIO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. Diario Jurisprudencial N°5. Recuperado el 31 de enero de 2023 de <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/1599000547490.pdf> P. 9.

acuerdo de las partes”⁹⁶. Esto pronostica un buen porvenir para la mediación en este campo, pues implica la ampliación de su uso, en cuanto haya consentimiento de las personas involucradas.

Además, amplía la jurisdicción de los mediadores que atiendan de forma remota, al señalar que “Se exceptúa de esta regla a los mediadores que presten sus servicios de forma remota por videoconferencia, quienes no tendrán límite territorial alguno para ello; y podrán llevar adelante la mediación por esta vía en la medida en que las partes consientan en ello.”⁹⁷ El mismo proyecto de ley reconoce esta ventaja al indicar que “La prescindencia del ámbito territorial antes señalada potenciará la mediación remota, lo que permitirá hacer más eficiente este procedimiento, al garantizar su realización ante cualquier contingencia que impida que se lleve a cabo de manera presencial, reducir los tiempos y abaratar los costos asociados al traslado de las partes a la sesión respectiva.”⁹⁸

Esto mismo es reconocido en el artículo octavo del proyecto de ley, el cual determina que “El mediador dispondrá de un medio de contacto que asegure la adecuada comunicación con las partes y que permita la oportuna y efectiva entrega y recepción de la información necesaria para la conducción del proceso de mediación remota.”⁹⁹

Se destaca en todo momento la importancia del consentimiento de las partes para que la mediación sea realizada de manera remota, como señala el mismo artículo al decir que “Al inicio de la sesión, el mediador deberá verificar la identidad de las partes y solicitar que éstas ratifiquen su voluntad de llevar adelante el proceso de mediación remota por videoconferencia”¹⁰⁰.

Para finalizar, hemos de mencionar brevemente las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos, que “normalmente van insertas en un contrato o con referencia a

⁹⁶ Ley nº 447-369. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la mediación civil y comercial. P. 12. Revisado el 26 de enero de 2023 en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/447-369-mensaje-mediacion-civil-y-comercial.pdf> P.10.

⁹⁷ Ley nº 447-369. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la mediación civil y comercial. P. 12. Revisado el 26 de enero de 2023 en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/447-369-mensaje-mediacion-civil-y-comercial.pdf> P.14.

⁹⁸ Ley nº 447-369. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la mediación civil y comercial. P. 12. Revisado el 26 de enero de 2023 en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/447-369-mensaje-mediacion-civil-y-comercial.pdf> P.14.

⁹⁹ Ley nº 447-369. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la mediación civil y comercial. P. 12. Revisado el 26 de enero de 2023 en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/447-369-mensaje-mediacion-civil-y-comercial.pdf> P.18.

¹⁰⁰ Ley nº 447-369. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la mediación civil y comercial. P. 12. Revisado el 26 de enero de 2023 en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/447-369-mensaje-mediacion-civil-y-comercial.pdf> P.18.

él, y que consagran etapas diferentes y escalonadas para resolver ciertas controversias derivadas del contrato, previendo fases menos adversariales antes de la utilización de mecanismos heterocompositivos.”¹⁰¹

De la Fuente hace bien al señalar que “La inclusión de cláusulas de mediación al contratar puede ser muy útil para ciertos tipos de conflictos y sientan las bases para dirimir litigios accesorios que puedan surgir entre las partes”¹⁰². Además, indica que “Entendemos que, mediante las cláusulas de mediación, las partes se comprometen a intentar la mediación, y solo en caso de que este método no tiene éxito, se podrá acudir a la vía judicial.”¹⁰³ Por lo tanto, se resalta nuevamente la importancia de la voluntariedad de las partes al momento de recurrir a la mediación para poder resolver sus conflictos.

Así las cosas, las cláusulas escalonadas de mediación presuponen el consentimiento de las partes de querer participar, por lo tanto, cuando dicha cláusula está consignada en un contrato de libre discusión, podrá desarrollarse de forma más expedita la negociación.

8. APRENDIENDO DEL DERECHO COMPARADO.

Ahora corresponde analizar la realidad de otros países para ver qué nos pueden aportar a la comprensión de la voluntariedad en los procesos de mediación en Chile. Así, decidimos revisar España, y Australia, por cuanto difieren en cómo se estructuran sus sistemas jurídicos (*civil law* y *common law*), lo que nos permite apreciar distintas perspectivas sobre el principio analizado en esta tesis.

8.a. ESPAÑA.

En España, conforme se informa en la ley 5/2012 “La mediación es voluntaria”¹⁰⁴ y, por tanto, “Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación, ni a

¹⁰¹ Nieto, B., & María, L. (2019). El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(2), 251-272.

¹⁰² de la Fuente, C. R. (2022). Mediación. *InDret*. P. 268.

¹⁰³ de la Fuente, C. R. (2022). Mediación. *InDret*. P. 269.

¹⁰⁴ Ley 5/2012. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 162, de 7 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. P. 6. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>

concluir un acuerdo”¹⁰⁵. Esta normativa es de aplicación general, es decir, es centralista respecto de este país europeo.

Junto a ello, en esta ley se señala que el procedimiento de mediación podrá iniciarse de común acuerdo entre las partes o por requerimiento de una de las partes en cumplimiento a un pacto de sometimiento a mediación.

Posteriormente, encontramos el Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre del 2013 en el cual se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio del 2012, tales como la publicidad de los mediadores, la cual “se articula a través de la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia.”¹⁰⁶ Además, trata materias tales como la formación de los mediadores, por lo que se avanza en diversos temas que no habían sido tocados específicamente por la Ley anteriormente mencionada. Así, hace referencia a que:

“1. El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación.

2. La formación del mediador se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador.”¹⁰⁷

Junto a lo anteriormente señalado, se puede observar que la voluntariedad también juega un rol importante ya que “La inscripción de los mediadores que desarrollen la actividad de mediación de conformidad con las previsiones de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y de las instituciones de mediación en el Registro será voluntaria.”¹⁰⁸

Además, respecto a la voluntariedad, continúa señalando que “El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que le pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura

¹⁰⁵ Ídem. P. 6.

¹⁰⁶ Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio. «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, páginas 105296 a 105311. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/12/13/980>

¹⁰⁷ Ídem, art. 3.

¹⁰⁸ Ídem, art. 11.

pública”.¹⁰⁹ De esta manera, se establece muy claramente cómo la voluntad afecta al proceso de mediación y cómo las partes pueden expresarla con tal de afectar el desarrollo de esta.

Ahora bien, las leyes anteriormente señaladas no son las únicas referencias a la mediación dentro de su propia legislación. Junto a la Ley 5/2012 y el Real Decreto 980/2013, se encuentran el Libro Verde de la Unión Europea y el Libro Blanco de Mediación de Cataluña.

El Libro Verde, es creado a través del Consejo de Ministros de Justicia del Consejo Europeo de Tampere de 1999¹¹⁰, en el cual se realizó la presentación de este documento de trabajo sobre los modos alternativos de resolución, distintos al arbitraje, que tuviesen relevancia en derecho civil y mercantil. El objetivo por conseguir no es otro que, a partir de dicho Libro, se concreten medidas a desarrollar.¹¹¹

Es un documento que ha sido publicado por la Comisión Europea, cuyo objetivo es estimular una reflexión, a nivel continental, sobre un tema concreto, en este caso, la mediación. Adquiere la calidad de informe¹¹², un trabajo preparatorio que no llega a ser documento legislativo ni prelegislativo, el cual se pretende que se transforme más tarde en normativa, como sucede igualmente con el Libro Blanco de Mediación en Cataluña.

Así, se invita a las partes interesadas, tales como organismos y particulares a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que se presentan.

Respecto a la voluntariedad, el libro verde señala que “pudiera ser inútil obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de litigios contra su voluntad en la medida en que el éxito del procedimiento depende, precisamente, de su voluntad.”¹¹³

¹⁰⁹ Ídem, p. 5.

¹¹⁰ Los documentos que emanan de organismos no suelen llevar autoría específica, sino que es la propia Comisión la autora del documento.

¹¹¹ Cita re-escrita a partir del contenido de García Presas, I. (2009). Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España. P. 245.

¹¹² García-Longoria y Serrano, M. P. (2011). Perspectivas de la mediación ante los nuevos avances normativos. P. 68. “Además se considera desde los círculos europeos, que pierde la oportunidad de aplicar los informes del Libro Verde de 2002 y la propuesta de Directiva de 2004 en donde se proponía una verdadera regulación integrada de la mediación que hubiera dado lugar.”

¹¹³ Europea, U. (2002). Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Recuperado el 27 de febrero de 2023 de www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil. P. 28.

Junto a ello, se refiere a la validez del consentimiento en el acuerdo entre las partes, respecto del cual señala que “Si el acuerdo final no reflejase la voluntad real de las partes, el compromiso efectivo que las partes están dispuestas a aceptar con todo lo que eso implica de renuncia con relación a sus expectativas anteriores, la ADR no habría logrado sus objetivos fundamentales, es decir la verdadera solución del conflicto y la consiguiente pacificación social”. Con ello se refiere a la parte final de la mediación, esto es, cuando las partes llegan a acuerdo y tras ello el mediador redacta el documento, para así relevar la importancia de la voluntad de las partes dentro de su fin también.

Por otro lado, también se encuentra el Libro Blanco de Mediación en Cataluña, impulsado “inicialmente (por) Pascual Ortuño cuando era director general de Dret i d’Entitats Jurídiques”¹¹⁴, el cual indica en su comparación con otros países europeos que “La voluntad de las partes en el proceso es un principio cardinal de la mediación, como institución consensual que es. En este sentido, el proceso y los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.”¹¹⁵

El Libro Blanco consiste en un documento que contiene propuestas de acciones de la Unión Europea, en un campo específico, en este caso, la mediación. A veces constituye una continuación del Libro Verde publicado, cuyo objetivo es iniciar un proceso de consultas a escala de la Unión Europea. Lo que se busca lograr con Libro Blanco es iniciar un debate con el público, junto a las partes interesadas, incluyendo el Parlamento Europeo y el Consejo con el fin de alcanzar un consenso político.

Tanto en el Libro Blanco como en el Libro Verde se realiza la voluntariedad como un elemento esencial de la mediación, por lo que debe estar presente en todo momento en el que las partes están en la mesa redonda. Esto hace referencia a la voluntad como principio, mas no alude a la voluntariedad como requisito procesal previo de una mediación.

Es importante destacar que cada comunidad autónoma de España puede tener competencias traspasadas.

¹¹⁴ Casanovas, P., Magre, J., & Lauroba, M. E. (2011). Libro de la Mediación en Cataluña (1.a ed.). Huygens Editoria. Recuperado el 31 de enero de 2023, de https://ddd.uab.cat/pub/l1ibres/2010/168589/libro_blanco_mediacion_a2010iSPA.pdf P. 9.

¹¹⁵ Casanovas, P., Magre, J., & Lauroba, M. E. (2011). Libro de la Mediación en Cataluña (1.a ed.). Huygens Editoria. Recuperado el 31 de enero de 2023, de https://ddd.uab.cat/pub/l1ibres/2010/168589/libro_blanco_mediacion_a2010iSPA.pdf P. 147.

Respecto al éxito de la mediación en España, según los datos de mediación intrajudicial de 2015¹¹⁶, en la mediación familiar se realizaron 1.379 mediaciones, y un total de 43.46% terminaron con acuerdo; en la mediación penal, se realizaron 2.243 mediaciones, con un 62.27% de acuerdos realizados; y, para finalizar, en la mediación civil se derivaron 567 casos, en los cuales 46.15% terminaron en acuerdo.

Por otro lado, también es relevante destacar el tema de la voluntariedad atenuada o mitigada, es decir, se obliga tanto a la parte como al abogado a ir a una sesión informativa, más no a dar inicio al proceso de mediación.

En ese sentido, lo que es obligatorio es asistir a la sesión misma y recibir la información relevante sobre qué es la mediación, en qué consiste, cuáles son sus ventajas y de qué manera puede ayudar a las partes, mas no el que las partes se mantengan en la mesa y necesariamente lleguen a un acuerdo allí mismo. La mediación solo continuará si las partes así lo desean.

Finalmente, en la actualidad en España se discute el “Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”, el cual, por un lado, busca favorecer el uso de los ADR, estableciendo que se debe intentar recurrir a alguno de ellos antes de proceder a iniciar un juicio.

Así, podemos observar que en España “el legislador autonómico español tiene en alta consideración la institución mediadora y sus principios, recogiendo como elementos comúnmente aceptados en las normas dictadas en la materia, entre otros, los siguientes: **voluntariedad**, imparcialidad, neutralidad y profesionalidad del mediador, así como la confidencialidad.”¹¹⁷ Así, se mantiene nuevamente el énfasis en la voluntariedad.

Pero, ¿en qué consisten estos cambios que busca realizar el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio público de Justicia?

Saavedra (2019) señala que “Las modificaciones propuestas responden al deseo de impulsar el uso de la mediación para la resolución de los conflictos, de forma que se opta por superar el vigente modelo de mediación basado en el carácter exclusivamente voluntario de la misma, por otro comúnmente denominado de “obligatoriedad mitigada”, que

¹¹⁶ Judicial, C. G. D. P. (2016). Mediación intrajudicial en España: datos 2015.

¹¹⁷ ViLLaLuenGa, L. G. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, III Época, 4. P. 720. Énfasis añadido.

configura como obligación de las partes acudir en los seis primeros meses a una sesión informativa, y, exploratoria previa a la interposición de determinadas demandas, en un número tasado de materias”¹¹⁸.

Ahora bien, también es importante referirnos a qué sucede con las materias de mediación extrajudicial. En estas, “en lo que respecta a la mediación extrajudicial o previa a la interposición de la demanda, se trata de que en determinadas materias y procesos se precise concretamente que las partes reciban del mediador información clara y precisa de la naturaleza de la institución, de la estructura del procedimiento y de los beneficios frente a la vía judicial.”¹¹⁹

Así las cosas, la doctrina señala que “Al configurarse la mediación como requisito de procedibilidad, será imprescindible, en primer lugar, acreditar en el proceso judicial que se ha cumplido con este paso previo. El intento de mediación ha de constar documentalmente. Será preciso que el tercero neutral que dirija la negociación, es decir el mediador, emita un documento en el que deberá constar un contenido mínimo, como es: la identidad del tercero neutral y, en su caso, el colegio profesional o institución a la que pertenece, la identidad de las partes, el objeto de la controversia y la fecha de la(s) reunión(es) o sesión(es) mantenidas con ellas.”¹²⁰

Sin embargo, no todo está tan definido respecto del uso de la mediación como ADR en específico dentro del anteproyecto, puesto que, como señala Paula García, “Hay muchos pasos a llevar a cabo, pero uno de los principales es cambiar esta cultura de la jurisdicción en la que nos encontramos para enseñar a las personas que existen muchos otros métodos (no únicamente los que se proponen en el Anteproyecto) a través de los cuales es posible llegar a un acuerdo. Y que muchas veces la solución se ajusta mejor a las necesidades de las partes y a la materia de conflicto en general”¹²¹.

Ha sido la doctrina quien ha sabido interpretar aspectos que no parecen estar del todo claros en el anteproyecto mismo, la cual también busca impulsar el desarrollo de la cultura de la mediación en España. Es un tema en desarrollo que deberá ser resuelto por

¹¹⁸ Saavedra Gutiérrez, M. (2019). Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación (Comments to the Draft Bill to Promote Mediation). *InDret*, 3. P. 7-8.

¹¹⁹ Saavedra Gutiérrez, M. (2019). Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación (Comments to the Draft Bill to Promote Mediation). *InDret*, 3. P. 8.

¹²⁰ De la Fuente, C. R. (2022). Mediación. *InDret*. P. 289.

¹²¹ García Gil, P. (2022). Una alternativa a los medios alternativos de resolución de conflictos: las propuestas del Anteproyecto de ley de eficiencia procesal. P. 21-22.

las autoridades correspondientes, considerando que el requisito de recurrir a un ADR antes de ir a juicio no retrasa sustancialmente el proceso judicial.

8.b. AUSTRALIA.

Se eligió Australia como contraste a España para ser analizado, debido a que es un territorio con un distinto sistema jurídico. “There is and always has been a single common law, declared by the High Court in its capacity as the court of final appeal”¹²², es decir, en Australia existe y siempre ha habido solo un common law, declarado por la Corte Suprema en su capacidad como la corte de mayor jerarquía. Así, podría pensarse, que quizás también hay diferencias en la concepción de la voluntariedad de la mediación.

La mediación australiana es definida de la siguiente manera por los autores¹²³ de la Corte Federal de ese país: “Mediation is a structured negotiation process in which an independent person, known as a mediator, assists the parties to identify and assess options and negotiate an agreement to resolve their dispute. Mediation is an alternative to a judge imposing a decision on the parties.”¹²⁴ Esto significa que, para ellos, la mediación es un proceso estructurado de negociación en el cual una persona independiente, conocida como mediador, asiste a las partes a identificar y asesorar opciones junto a negociar un acuerdo para resolver su disputa. La mediación es una alternativa a un juez imponiendo una decisión en las partes.

El proceso se caracteriza por ser voluntario, esto es, las partes pueden elegir si asisten a la invitación y si se mantienen en la mesa redonda. Junto a ello, también pueden usar su propia voluntad para elegir irse de la mediación en cualquier momento.

Las particularidades de la mediación en Australia consisten en que, además de que las partes determinan con su propia voluntad si les conviene asistir a una mediación, la Corte Federal de Australia también puede determinar si la National Native Title Tribunal

¹²² Saunders, C., & Le Roy, K. (2005). Commonwealth of Australia. *Constitutional origins, structure, and change in federal countries*, 12-4. P.6.

¹²³ Esto en relación con los Servicios Corporativos de la Corte Federal de Australia, quienes son responsables del área de comunicaciones de la Corte, como se puede profundizar en el siguiente enlace.

¹²⁴ Australia, C. C. O. A. O. C. O. (2019, 17 mayo). Mediation. Federal Court of Australia. Recuperado el 31 de enero de 2023, Disponible en: <https://www.fedcourt.gov.au/services/ADR/mediation#:~:text=Mediation%20is%20a%20structured%20negotiation,a%20decision%20on%20the%20parties.>

(NNTT de ahora en adelante) ¹²⁵ debería mediar una cierta materia. Así, se logra una mayor inclusión en los temas indígenas, puesto que se filtra más respecto de si se debiera mediar un cierto caso o no.

Así, una mediación puede iniciar de dos maneras: ya sea porque ambas partes han acordado que debe de iniciarse una, o por que la Corte ha ordenado que ha de empezar una; en ambos casos, puede ser de manera parcial o total del conflicto que se está tratando.

Algo particularmente interesante respecto a los mediadores australianos es que no requieren entrenamiento formal, como señalan Hopt y Steffek: “As with the duties and responsibilities of mediators, there is no legislative regulation of the training and accreditation of mediators. Instead, private bodies have established a voluntary accreditation system which requires proof of a limited basic training in mediation”, esto es, se refiere a que, respecto de los deberes y responsabilidades de los mediadores, no hay regulación legislativa del entrenamiento y acreditación de mediadores. En cambio, hay cuerpos privados que han establecido un sistema de acreditación voluntario que requiere prueba de algún entrenamiento básico y limitado en mediación.

Respecto al desarrollo de la mediación, “Where ADR takes place within the courts or in a court-connected framework, such processes may be more likely to be advisory and be the subject of legal negotiation patterns. Arguably, one reason why facilitative mediation has grown so quickly in Australia is because it is often located outside the court system”¹²⁶. Con esto, se refiere a que los ADR generalmente toman lugar dentro de las cortes o dentro de una estructura de cortes conectadas entre sí, y que se podría argumentar que una de las razones de por qué la mediación facilitadora ha crecido tanto en Australia ha sido porque esta se localiza fuera del sistema de cortes. Así, se establece una diferencia exacta con el resto de los mecanismos adecuados de resolución de conflictos, en particular con la negociación.

Finalmente, corresponde llevar a efecto una propuesta con tal de que se realice una mejor aplicación del principio de voluntariedad dentro del ADR del cual trata esta tesis.

¹²⁵ Baldwin, H., & Robson, D. (2007, 28 septiembre). NATIVE TITLE MEDIATION – A COURT’S PERSPECTIVE. Web.archive.org. Recuperado el 31 de enero de 2023, disponible en: <https://web.archive.org/web/20070928163824/http://www.leadr.com.au/ROBSON.PDF>

¹²⁶ Sourdin, T. (2014). *Alternative Dispute Resolution (ADR) Principles: From Negotiation to Mediation*. Available at SSRN 2723652. P. 180.

9. PROPUESTA PARA LA MEJOR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD DENTRO DE LA MEDIACIÓN CHILENA.

A estas alturas, creemos que ha quedado claro desde lo establecido en los capítulos anteriores que para que exista un adecuado desarrollo del principio de voluntariedad es necesario que el Estado, en cuanto garante del acceso a la justicia, realice una difusión y socialización del mecanismo.

La importancia de esto se relaciona con el rol del Estado, quien es responsable de asegurarse que las personas tengan acceso a la información relevante sobre la mediación como para poder tomar esta decisión de la manera más autónoma y libre posible. Para esto, es importante que hablemos del deber público del Estado en estas materias, como parte de su propio desempeño como agente público.

9.a. EL ROL ESTATAL.

Debemos partir esta sección notando que, a pesar de que la Reforma Procesal Civil se ha desarrollado lentamente en su tramitación a nivel general (más de 17 años), sí es un avance la presentación del proyecto que regula la mediación civil y comercial¹²⁷, el 25 de enero del 2022 el cual ahora mismo se encuentra en el Senado. Si este proyecto se transformara en ley permitiría una resolución de conflictos más expedita y menos costosa para las partes, junto a las otras ventajas de la mediación que se han exployado a lo largo de esta tesis.

Por otro lado, no se debe ignorar que el Estado de Chile, tras imponer como obligatoria la instancia de mediación en las materias de familia y responsabilidad médica, establece una *obligación* para las partes, esta es, la de decidir si asistir o no. Como contrapeso se establece un deber para el Estado, este es, el deber de *informar* al demográfico que esté potencialmente interesado en interponer una demanda en las materias recién mencionadas.

Esta idea se basa en el principio de publicidad, el cual es legitimado por el Tribunal Constitucional y por nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 n° 12, y como señala el profesor Navarro (2015), “su consagración es consecuencia del régimen

¹²⁷ Cajmetro. (25 de enero de 2022). *Director General participa en ceremonia de la Reforma Procesal Civil Proyecto de Ley Mediación Civil y Comercial*. Revisado el 31 de enero de 2023, disponible en <http://www.cajmetro.cl/noticias/director-general-participa-en-ceremonia-de-la-reforma-procesal-civil-proyecto-de-ley-mediacion-civil/>

democrático, promoviendo la responsabilidad de los funcionarios y fomentando la participación de los ciudadanos”¹²⁸ (p. 234). Aunque este principio se refiere principalmente a los actos y resoluciones de los órganos del Estado chileno, este se basa en la noción de que el Estado está al servicio de los ciudadanos, por lo que sigue siendo una buena raíz para establecer el origen de lo que personalmente prefiero denominar como *deber de información*.

Entendemos que el Estado tiene el deber de publicitar las leyes que promulgue. Sin embargo, tratándose de la mediación no basta con la sola publicación de la norma, se requieren acciones que incentiven un cambio cultural en nuestra sociedad en aras de utilizar mecanismos y de impulsar el diálogo y la paz social. Esto incluye la información necesaria para poder comprender el contenido de la ley en primer lugar, y saber qué es la mediación.

De esta manera, este deber puede convertirse en un compromiso para el Estado chileno, cuando pensamos en acceso a la justicia, para que así las personas puedan verse beneficiadas por la medida tomada no solo en la teoría, sino también en la práctica al poder entender qué es lo que es la mediación y cuáles son sus posibles pros y contras respecto de su asistencia.

Para que se garantice acceso, y la resolución de los conflictos contribuya a la paz social, es necesario establecer políticas públicas que ayuden a difundir la información que el Estado determine como relevante en relación con la mediación. Esto se debe a que es importante realizar difusión, la cual debe ser bien medida, de tal manera que sea de calidad y cantidad apropiada para su público demográfico.

Así, debemos distinguir tres momentos distintos respecto de la creación de una política pública, en el entendido de que como presupuesto se dictara una ley de mediación en el ámbito civil y comercial en nuestro país:

1. La determinación de qué información es relevante: Esto se refiere a nivel teórico, previo a la formación de la política pública en sí. “¿Qué necesitan saber las partes? ¿Qué es lo que se requiere que se sepa para que puedan tomar una decisión al respecto?” son posibles preguntas por responder para así determinar qué es lo que se quiere difundir con

¹²⁸ Navarro, p. 234. Bases constitucionales del principio de probidad. Recuperado el 31 de enero de 2023, de <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/files/presses/1/monographs/1946/submission/proof/234/index.html#zoom=z>

precisión a la población. Así, se busca delimitar cuales son los conceptos que serán expuestos al público eventualmente.

2. La reducción de materia a ser difundida. Tras analizar qué contenido es el que se quiere dar a conocer ante el demográfico señalado, este se debe sintetizar en lo que es esencial que sea sabido o no. Después de todo, si es demasiado largo, las personas probablemente no quieran leerlo o no sean capaces de entenderlo, por lo que es importante que este sea reducido a aquello básico y sustancial con tal de cumplir su objetivo de transmisión.

3. La difusión en sí misma. Tras los dos pasos anteriores, una vez que esté sintetizada la materia de mediación a hacerse saber a través de políticas públicas, corresponde que esta llegue a la población. Esto se hace a través de afiches, gigantografías, páginas web, campañas publicitarias, entre otros medios. Es importante que la difusión sea realizada por un órgano estatal debido a que le entrega seriedad junto a que es posible que sea más conocida por múltiples grupos de personas antes de lo que sería en comparación a la transmisión de información que puede lograr un mediador a la vez.

Quien debe hacerse cargo es el Estado a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, puesto que este es el que maneja las materias relacionadas a la mediación, entendida como un medio de resolución adecuada de conflictos.

También corresponde enfocarse en cómo la barrera de información se puede derribar para que así las partes puedan decidir de manera informada si desean participar en la mediación o no. La meta de esto es que se pueda realizar el principio de voluntariedad en sus dos aspectos:

1. El aspecto interno: Esta dimensión se refiere a las decisiones que toman las partes dentro de la instancia de mediación, esto es, cuando se encuentran en la mesa redonda. A priori, esto presume que ellas han tomado la elección de asistir a lo menos a la primera sesión de este método alternativo de resolución de conflictos. Así las cosas, se busca comprender las conversaciones y maneras de comunicarse que usen ambos agentes dentro del espacio de la mediación, para así poder entender el contexto verbal y extraverbal del conflicto en cuestión. Por lo tanto, aquí es donde se da el inicio del desarrollo de la voluntariedad.

2. El aspecto externo: Se refiere a aquellas elecciones que las partes toman fuera de la instancia de mediación y que afectan positiva o negativamente la realización de esta.

Así, se reconoce que aquellas personas que no participan decisoriamente de dicha instancia tienen cierta influencia en el desarrollo de este proceso, tales como sus abogados y aquellos agentes que tienen interés en el conflicto, pero no fueron invitados a la mesa.

Lo que se busca enfatizar al hacer esta distinción es que el desarrollo interno de una mediación depende de que las partes quieran participar de ella y manifiesten esa voluntad expresamente, sabiendo de qué se trata este método alternativo de resolución de conflictos o teniendo alguna idea de qué se trata a nivel general.

Concluimos que es necesario para que se genere un cambio de paradigma con respecto a la mediación, la entrega de mayor información sobre esta para que las partes puedan decidir libremente si participar en ella o no, con una voluntad conformada según lo que les sea más conveniente para la resolución de su conflicto en particular. Para esto resulta necesario, como ya señalábamos anteriormente, la existencia de una ley de mediación civil, pues es en base a ello que surgirá el deber de información de difundir políticas públicas al respecto; de lo contrario, el Estado no tendrá por qué adherirse a esa obligación.

Así, se observa que el Estado tiene un rol que cumplir respecto de la difusión de la información relacionada con la mediación como un medio alternativo de solución de conflictos, pero no es el único con un papel relevante aquí. También están los mediadores como actores importantes respecto de la difusión de la mediación, lo cual procederemos a revisar ahora.

9.b. EL ROL DE LOS MEDIADORES.

Los mediadores como tales se ven obligados a informar a las partes sobre el proceso de mediación en la primera sesión, esto es, en el discurso inicial. Así, pueden trabajar cualquier duda antes de iniciar el desarrollo de este medio alternativo de solución de conflictos.

A priori, puede ser limitado sólo al proceso que estén conociendo, el radio de acción de los mediadores, sin embargo, esto no significa que no puedan contribuir para difundir información sobre la mediación. En efecto, pueden ayudar a lograr una mayor aplicación del principio de la voluntariedad en la sala de mediación propiamente tal, y a través de la actividad asociativa, participando en Colegios de Mediadores, puesto que así se ayuda a

crear una mayor difusión desde un organismo que tiene diversos integrantes. Mientras más personas involucradas en lograr esa transmisión, más probabilidades de que llegue esa información a un público más amplio. Así, las personas que están unidas a una asociación tienen ciertas ventajas sobre quienes no, puesto que pueden lograr que la comunicación sea mucho más fluida entre quienes ya son parte de un grupo, en contraste a quienes eligen trabajar por su propia cuenta.

El rol del mediador/a consiste en facilitar el diálogo entre los participantes, promoviendo el entendimiento, ayudarlos a identificar sus intereses y a indagar en forma creativa acerca de las distintas posibilidades que les permitan solucionar sus asuntos satisfactoriamente¹²⁹ acorde a lo señalado por el Código de Ética del Colegio de Mediadores. Lo que se busca es que las partes entiendan qué es la mediación pero que también los mediadores estén preparados para adentrarse en las complicaciones de cada caso, en tanto estas vayan surgiendo. En ese sentido, el objetivo es que todos los involucrados en una mediación puedan entenderse entre sí, de tal manera que logren comunicarse efectivamente dentro del desarrollo de este ADR. Para eso, tiene que haber un entendimiento previo sobre en qué consiste este medio alternativo (o adecuado, como se prefiera su denominación) de solución de conflictos, y es aquí donde deben incidir el Estado junto a los mediadores como describimos anteriormente.

El rol del Estado y de los mediadores recae en ser entes de difusión que puedan aclarar las dudas que tengan las partes sobre la mediación a nivel general, por lo que es importante que sean capaces de manejar el mismo idioma que las otras personas que se encuentren involucradas en el conflicto. La bajada de información debe hacerse en un lenguaje que sea fácil de comprender, con tal de que este sea verdaderamente eficaz en poder transmitir las ideas de la persona mediadora y que estas lleguen a las partes de manera que puedan ser comprendidas del todo por ellas.

Finalmente, nos parece importante recalcar la importancia de que la comprensión de qué consiste la mediación no debe quedarse solo en lo teórico, sino que debe ser un concepto que pueda aplicarse a la práctica. Así, se requiere que la difusión de la información también sea flexible, con tal de que las partes realmente puedan entender qué es lo que está sucediendo durante el desarrollo de las sesiones de este ADR. Para esto es necesario

¹²⁹ Colegio de Mediadores de Chile A.G. (s. f.). Código de Ética de la profesión mediadora. Colegio de Mediadores A.G. Recuperado el 31 de enero de 2023, de <http://colegiomediadores.cl/wp-content/uploads/2020/05/CODIGO-DE-ETICA-PROFESION-MEDIADORA.pdf> p.1.

que quien se encargue de comunicarles al respecto, por ejemplo, el mediador, les explique no solo una definición conceptual, sino también qué significa esto en la práctica para ellas. Debe estar capacitado para responder las preguntas que tengan las partes a nivel general y específico, pues es en las sesiones donde precisamente tienen la oportunidad de aclarar cualquier duda que tengan respecto del proceso de la mediación.

Para que la voluntad sea plena se requiere que la persona esté informada y por eso es por lo que se le pone tanto énfasis a la difusión de información; después de todo, para que una persona pueda elegir si asistir o no a una sesión de mediación, primero debe saber de qué trata y en qué le beneficia o desfavorece ir a dicha sesión. Sin el conocimiento preliminar de qué consiste la mediación y en qué le puede servir ser partícipe en su desarrollo, se vuelve mucho más complicado que tome una decisión consciente, en especial si además hay prejuicios presentes al momento de determinarse.

Después de que el Estado cumpla con su rol de publicista respecto de este de ADR recién entrarían a influir los mediadores, quienes desde sus propios roles como trabajadores y/o como miembros de organizaciones, también se encargan de informar a las partes de qué consiste la mediación y sus ventajas/desventajas respectivas para cada caso que atienden. Así, se ve que hay un orden: primero se encarga el Estado, como agente más global a nivel estatal, y después de eso intervienen los y las mediadores, de forma más acotada pero igualmente importante en la práctica.

10. CONCLUSIONES.

En la primera parte del análisis de esta tesis, se ha revisado cómo la adecuada comprensión y aplicación del principio de voluntariedad puede afectar el proceso de mediación, tanto para las partes como para el mediador involucrado. Por más que la voluntad expresada en sí misma sea válida para el proceso, creemos que en la mediación, además de ello, también se debe tener un cuidado especial con la difusión de los conocimientos sobre ésta, de manera tal que cuando se manifieste el deseo de participar o no en el proceso, haya una comprensión y conocimiento previo del mecanismo, pues al final del día esto puede terminar ayudando a las personas para que puedan resolver sus conflictos.

Después de ello, se analizó el cómo lograr que la difusión de información pueda ayudar a que la voluntad de las partes se defina de manera exitosa, ya sea de manera positiva o negativa. Se procedió a explicar por qué nos parece que es parte del principio de publicidad del Estado el asegurar la difusión de información para que las partes puedan enterarse de lo necesario con tal de decidir si asistir a la instancia de mediación.

Finalmente, se llegó a concluir que este principio debe aplicarse no solo desde el Estado sino también por parte de los mediadores, quienes igualmente deben hacerse responsables de colaborar entre sí y participar en organizaciones que tiendan a la difusión de la información que sea necesaria para la decisión informada de las partes.

El objetivo de esta tesis fue el análisis del principio de voluntariedad desde la teoría hasta la práctica, para ver qué observaciones se podían concluir desde dichos aspectos con tal de buscar qué mejorar en lo concreto. Así, a nuestro parecer, la voluntariedad debe manifestarse dentro y fuera de la mediación, con tal de que así las personas involucradas puedan ser partes dentro de este proceso a sabiendas de lo que esta involucra incluso antes de llegar a la mesa redonda, para así llegar a una mayor libertad al momento de decidir si participar en este medio de resolución de conflictos o no.

Nos parece del todo necesario cuestionar hasta qué punto hacemos responsables a los mediadores versus qué tanta carga le corresponde al Estado, quien creemos debería tener un mayor rol en la difusión de información a nivel general ante las partes, que son quienes finalmente necesitan estar informadas para tomar una decisión de manera consciente.

Así, concluimos que a nivel general hace falta que la cultura de la mediación se desarrolle más en Chile, puesto que esto podría beneficiar el desarrollo de este ADR en nuestro país. Esto se debe a que el Estado debe hacerse cargo de lograr una mejor bajada de información respecto de la mediación como un método adecuado de solución de conflictos para así conseguir que las personas tengan una voluntad más enterada al momento de decidir cómo solucionar de mejor manera sus propios conflictos.

Parece claro que el Estado chileno debe encargarse de implementar políticas públicas en aras de garantizar un acceso efectivo a la justicia y preocuparse que estas puedan llegar a sus usuarios de manera práctica, para que así puedan ser utilizadas por quienes las necesitan, sumando a la iniciativa de los mediadores, para así empezar a formar un cambio de paradigma en nuestra sociedad.

El Estado es quién debe resguardar la voluntariedad dentro y fuera del proceso de mediación, para lo cual debe realizar las acciones necesarias para que las personas se encuentren informadas sobre la mediación incluso fuera de la mesa redonda, para así conseguir que quienes necesiten recurrir a ella puedan hacerlo a futuro.

Finalmente, concluimos que existe un avance a través de la ley N°21.394, ya mencionada, respecto de la cual se requerirá del esfuerzo de todos para que los ADR sean difundidos como alternativa real, tanto antes, durante y después del juicio, como sucede excepcionalmente en algunas causas de tribunales de familia.

Solo así, podremos alentar sociedades más pacíficas con real acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- ACNexo / Insights profundos, decisiones claras. (2021). Informe de Resultados Diseño, aplicación y análisis de encuesta de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar. Santiago. Recuperado de https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/media/2021/12/Presentacion_Resultados_ISN2021.pdf [Revisado el 10 de febrero de 2022].
- Análisis Profundos, Decisiones Claras (2019). Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta telefónica de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar. [online] Recuperado de: <https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/auditorias-y-estudios/> el 4 de marzo 2020].
- Aravena, C. T. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión Jurídica*, 12(23).
- Australia, C. C. O. A. O. C. O. (2019, 17 mayo). Mediation. Federal Court of Australia. Recuperado el 31 de enero de 2023, Disponible en: <https://www.fedcourt.gov.au/services/ADR/mediation#:~:text=Mediation%20is%20a%20structured%20negotiation,a%20decision%20on%20the%20parties.>
- Australian Mediation Association (AMA) (2023). Revisado el 24 de enero de 2023 en <https://ama.asn.au/australian-meditation/#chances>
- ASTETE, B., LAGOS, S., OLIVARES, D. (2020). Estadísticas sobre mediaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago durante el último sexenio 2014 – 2019, al 27 de abril de 2020.
- Baldwin, H., & Robson, D. (2007, 28 septiembre). NATIVE TITLE MEDIATION – A COURT’S PERSPECTIVE. Web.archive.org. Recuperado el 31 de enero de 2023, disponible en: <https://web.archive.org/web/20070928163824/http://www.leadr.com.au/ROBSON.PDF>
- Barona Vilar, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18(1), 185-211.
- Bernal Samper, T. (2007). Conflicto y mediación. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 111-122.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile [BCN]. Guía legal sobre: Mediación familiar. [online] bcn.cl. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/mediacion-familiar> [Revisado el 4 de marzo 2020].

- Brevis Torres, C. G. Ponencia: La neutralidad y la persona del mediador en el actual escenario de la mediación familiar en Chile. Trabajo presentado en Colombia. Congreso mundial de mediación.
- Brewer-Carías, A. R. (2010). La justicia constitucional como garantía de la Constitución. *Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. La justicia constitucional y su internacionalización¿ Hacia un lus Constitucionale Commune en América Latina.*
- Briz, M. J. (2015). El principio de buena fe en el proceso de mediación. *Revista de Derecho*, (11), 13-25.
- Cajmetro. (25 de enero de 2022). *Director General participa en ceremonia de la Reforma Procesal Civil Proyecto de Ley Mediación Civil y Comercial.* Revisado el 31 de enero de 2023, disponible en <http://www.cajmetro.cl/noticias/director-general-participa-en-ceremonia-de-la-reforma-procesal-civil-proyecto-de-ley-mediacion-civil/>
- Calcaterra, Rubén. (2006): *Mediación estratégica.* Gedisa, Barcelona.
- Camacho Cepeda, G., 2015. Probidad y Transparencia en las Bases de Institucionalidad. [ebook] Santiago, pp.253 - 287. Disponible en: <<http://bibliografias.uchile.cl/uchile.idm.oclc.org/files/presses/1/monographs/1946/s-ubmission/proof/286/index.html>> [Recuperado el 9 de febrero 2021].
- Caram, M. E., Eilbaum, D. T., & Risolía, M. (2013). *Mediación: diseño de una práctica.* Astrea.
- Caram, M. E. (2015). *La mediación en el Patrocinio Jurídico de la Facultad de Derecho UBA [Libro].* En conmemoración de los 20 años de implementación de la mediación en la Argentina (1.a ed.). Recuperado el 31 de enero de 2023, de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-mediacion-en-el-patrocinio-juridico-de-la-facultad-de-derecho-uba/mediacion-completo.pdf> p. 203.
- Casanovas, P., Magre, J., & Lauroba, M. E. (2011). *Libro de la Mediación en Cataluña (1.a ed.).* Huygens Editoria. Recuperado el 31 de enero de 2023, de https://ddd.uab.cat/pub/lilibres/2010/168589/libro_blanco_mediacion_a2010iSPA.pdf
- Castro, J. (2021). *Autotutela.* P. 1.
- Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2022). *Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2022.* 1ª edición.
- Colegio de Mediadores de Chile A.G. (s. f.). *Código de Ética de la profesión mediadora.* Colegio de Mediadores A.G. Recuperado el 3 de abril del 2022, de <http://colegiomedidores.cl/wp-content/uploads/2020/05/CODIGO-DE-ETICA-PROFESION-MEDIADORA.pdf>
- Corporación de Asistencia Judicial, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2022). *CUENTA PÚBLICA PARTICIPATIVA 2022 GESTIÓN 2021*

Región Metropolitana- Libertador General Bernardo O'Higgins-Maule-Magallanes y de la Antártica Chilena. Gobierno de Chile.

- Costa, E. (2020). La participación ciudadana en materia ambiental: Un modelo deliberativo (Tesis de Doctorado), Universidad de Chile, Chile.
- Curuchelar, G. (2012). Modelos de mediación. Enfoques de mediación.
- de la Fuente, C. R. (2022). Mediación. *InDret*.
- Díez, F., & Tapia, G. (1999). Herramientas para trabajar en mediación (Vol. 16). Barcelona: Paidós.
- Eilbaum, D. (2015). "El delgado límite entre la voluntad de las partes, la del mediador y su neutralidad". [online] Biblioteca.cejamericas.org. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/787/dteilbaum.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Revisado el 4 Mar. 2020].
- Encuentro Padres Profesores, P., n.d. El conflicto: definición, elementos y tipos. [online] Conductitlan.org.mx. Disponible en: http://www.conductitlan.org.mx/13_psicologiasocial/Materiales/E_conflicto.pdf [Revisado el 2 Mar. 2021].
- Europea, U. (2002). Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Recuperado de www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil.
- Facultad de derecho de la Universidad de Chile, Centro de estudios de la justicia (2022). Informe de resultados finales estudio práctico "unidad de orientación y mediación civil en juzgados civiles de Viña del Mar y 2º Juzgado de Letras de San Bernardo".
- Fariña, G (2016). ¿Qué se entiende por Métodos RAD? En La mediación en el patrocinio jurídico de la Facultad de Derecho UBA (1a ed., p. 30). Universidad de Buenos Aires.
- Figueroa, E. La mediación familiar en Chile y Argentina, experiencia comparada algunas conclusiones en materia de eficacia.
- Gaddi, D. (2016). Una extraña entre nosotros. Una experiencia de verificación empírica en el Centro de Mediación Prejudicial Gratuito de la Universidad de Buenos Aires. La mediación en el patrocinio jurídico de la facultad de Derecho UBA. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Galarza Paz, G. (2002). Justicia y derecho en la administración de justicia indígena.
- García Falcó, J. G. (2016). Acercando la Cultura de la Mediación a Personas Mayores en Servicios Residenciales.

- García Gil, P. (2022). Una alternativa a los medios alternativos de resolución de conflictos: las propuestas del Anteproyecto de ley de eficiencia procesal.
- García-Longoria y Serrano, M. P. (2011). Perspectivas de la mediación ante los nuevos avances normativos.
- García Presas, I. (2009). Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España.
- García del Vado, F. (2015). La mediación familiar y el punto de encuentro familiar. [Tesis de doctorado, Facultad de Derecho UNED] e-spacio UNED.
- Giménez, C. (1997). La naturaleza de la mediación intercultural. *Migraciones*, 2, 125-159.
- Ginebra Molins, M. E., & Tarabal, J. (2013). La Obligatoriedad De La Mediación Derivada De La Voluntad De Las Partes: Las Cláusulas De Mediación (Mandatory Mediation by Agreement of the Parties: Mediation Clause). *InDret*, 4.
- Highton de Nolasco, E. I., & Alvarez, G. S. (1995). Mediación para resolver conflictos. Ad-Hoc.
- Hinestrosa, F. (2000). De los Principios Generales del Derecho a los Principios, Generales del Contrato. *Rev. Derecho Privado*, 5, 3.
- Irureta Uriarte, P. (2011). Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Ius et Praxis*, 17(2), 133-188.
- Jequier Lehuedé, E. (2016). La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile: Razones y mecanismos para su regulación. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1), 91-118.
- Judicial, C. G. D. P. (2016). Mediación intrajudicial en España: datos 2015.
- Klein, M. C., & Porzio, P. E. (2016). La mediación en el patrocinio jurídico de la facultad de derecho UBA (1a edición ed.). Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Lagos Ochoa, M. S. Incorporación de la mediación en el Derecho chileno: análisis crítico. *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, 93-120.
- Lagos, M. S. (2013). Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis a base de la experiencia chilena de mediación por daños en salud. *Revista de Estudios de la Justicia*, (18), 83-110.
- Lagos, M. S. (2017). Resolución de conflictos en Chile a 50 años de la propuesta del sistema multipuertas de Frank Sander. *Revista de Derecho* (Nº37), pp. 115-147.
- Lagos, M.S. (2020). MEDIACIÓN ON LINE: UN MECANISMO ADECUADO Y NECESARIO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. *Diario Jurisprudencial* Nº5. Recuperado el 31 de enero de 2023 de <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/1599000547490.pdf>

- Lagos, M. S., & Escobar D. (2022). Informe Unidad Mediación 2020-2021 (CAM Santiago).
- Ley 5/2012. Boletín Oficial del Estado, núm. 162, de 7 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>
- Lugaro, J. A. M. (2003). Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. *denauer--*, 291.
- Magnus, Ulrich (Noviembre, 2012). Mediation in Australia: Development and Problems, in Klaus J. Hopt, and Felix Steffek (eds), *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford, 2012; online edn, Oxford Academic, 24 Jan. 2013), Revisado el 26 de febrero de 2023, disponible en <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199653485.003.0017>
- Maturana, C. Derecho Procesal Orgánico. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.
- Mediacionchile.cl. (2017). INFORME ESTADÍSTICO SISTEMA NACIONAL DE MEDIACIÓN. [online] Disponible en: https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/media/2018/05/Informe_Estad%C3%ADstico2017.pdf [Revisado el 4 Mar. 2020]
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015). Informe Estadístico del Sistema de Mediación Familiar. Recuperado en línea desde: <https://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/Informe-Estad-stico-01.06.2009-al-31.12.2015.pdf> el 14 de octubre del 2020.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016). Revista de Mediación Familiar. Gobierno de Chile.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2019). Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta telefónica de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar. Santiago. Recuperado de https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/media/2019/12/AUDITOR%C3%8DA_EXTERNA_EVALUACI%C3%93N_DE_SATISFACCI%C3%93N_USUARIOS.pdf
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2021). Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar. Santiago. Recuperado el 31 de enero de 2023, de <https://www.mediacionchile.gob.cl/wp-content/uploads/2022/04/Informe-Final-Satisfaccion-Mediacion-Familiar-2021.pdf>
- Miranzo, S. (2010, marzo). QUIÉNES SOMOS, A DÓNDE VAMOS. . . ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO MEDIACIÓN. Revista de Mediación, No5. Recuperado en línea desde: <http://www.ammediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2014/12/5.1-QUI%C3%89NES-SOMOS-A-D%C3%93NDE-VAMOS%E2%80%A6.pdf> el 17 de abril del 2021.

- Moya, D. F. L. (2021). Las políticas públicas como garantía de los derechos fundamentales. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 44-60.
 - Navarro Beltrán, E., 2015. Bases constitucionales del principio de publicidad. [ebook] Santiago, pp.219 - 251. Disponible en: <<http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/files/presses/1/monographs/1946/s-ubmission/proof/250/index.html>> [Revisado el 9 de Feb. 2021].
 - Nieto, B., & María, L. (2019). El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(2), 251-272.
 - Ojeda, Raúl Núñez. "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios." *Revista de Estudios de la Justicia* 6 (2005): 175-189.
 - Pérez Jarrín, D. I. (2017). *La naturaleza y contenido del principio de confidencialidad frente al mediador* (Bachelor's thesis, Quito).
 - Raymundo Esteban, L. (2019). La imparcialidad del mediador.
 - REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Revisado el 4 Mar. 2020].
 - Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio. «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, páginas 105296 a 105311. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/12/13/980>
 - [Reforma a la Justicia Civil: Senado inicia tramitación del proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil. \(2021, abril\). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado 31 de enero de 2023, de <https://www.minjusticia.gob.cl/reforma-a-la-justicia-civil-senado-inicia-tramitacion-del-proyecto-de-ley-que-establece-un-nuevo-codigo-procesal-civil/>](https://www.minjusticia.gob.cl/reforma-a-la-justicia-civil-senado-inicia-tramitacion-del-proyecto-de-ley-que-establece-un-nuevo-codigo-procesal-civil/)
- Rodríguez, C. (2017). La Mediación. ¿Una respuesta al nuevo paradigma del Derecho?. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (15), 243-256.
- Rodríguez Torres, J. A. La función social de la Justicia.
 - Saad, C. Z. (2016). Una mirada sobre principios en el procedimiento de mediación. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, 9(4), 1913-1934.
 - Saavedra Gutiérrez, M. (2019). Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación (Comments to the Draft Bill to Promote Mediation). *InDret*, 3.
 - Salazar, M. (2016). A 10 años del Sistema Nacional de Mediación Familiar en Chile. *Revista de Mediación Familiar chilena*. [en línea] Recuperado el 31 de enero de 2023, de <https://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016.pdf>
 - Saunders, C., & Le Roy, K. (2005). Commonwealth of Australia. *Constitutional origins, structure, and change in federal countries*, 12-4.

- Schiffrin, A. (1996). La mediación: aspectos generales. Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (comps). Mediación. Una transformación en la cultura. Ed. Paidós. Argentina.
- Schilling Fuenzalida, M. T. (1999). Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile.
- Sistema Nacional de Mediación Familiar. (s. f.). Registro de Mediadores. Mediación Chile. Recuperado 22 de mayo de 2021, de <https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/registro-de-mediadores-2/>
- Sourdin, T. (2014). Alternative Dispute Resolution (ADR) Principles: From Negotiation to Mediation. *Available at SSRN 2723652*.
- Suares, Marines (1998). “Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas”, Editorial Paidós.
- Superintendencia de Salud. (s. f.). Mediación con Prestadores Privados. Recuperado 10 de octubre de 2020, de <http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-propertyvalue-3340.html>
- Tarud Aravena, C. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión Jurídica*, 12(23), 115-132.
- Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2012, Rol nº 2042.
- Unidad de Mediación CAM Santiago (2022). Informe sobre 107 Mediaciones. Recuperado el 24 de febrero de 2023 en <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2022/05/Informe-sobre-107-mediaciones-probono-2022.pdf>
- Unión Europea. (2015, 24 junio). C.G.P.J - Normativa europea. @ Copyright © Consejo General del Poder Judicial. Recuperado el 31 de enero de 2023, de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil>
- Universidad a Distancia de Madrid (Ed.). (2021). Módulo 1: Origen, fundamentos teórico-filosóficos y herramientas básicas justicia restaurativa y las prácticas restaurativas en la gestión y prevención de las discrepancias. En *Experto en Prácticas Restaurativas*.
- Vargas Pavez, M. (2008). Mediación Obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de derecho (Valdivia)*, 21(2), 183-202.
- Vélez Andrade, C. A. (2018). El daño moral en la persona jurídica.
- Villaluenga, L. G. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, (4), 717-756.
- Viana Orta, M. I. (2014). La mediación: orígenes, ámbitos de aplicación y concepto.

- Voz, T. (2022, 13 abril). *Proyecto de Ley de Reforma a la Justicia Civil*. Bio BioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile. Recuperado 31 de enero de 2023, de <https://www.biobiochile.cl/noticias/opinion/tu-voz/2022/04/13/proyecto-de-ley-de-reforma-a-la-justicia-civil.shtml>

Legislación:

- Código Civil.
- Constitución Política de la República.
- Proyecto de Reforma Procesal Civil.
- Ley N° 19.966. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 3 de septiembre del 2004.
- Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública. Última versión, 1 de marzo de 2020.
- Ley N° 20.286, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de agosto del 2008.
- Ley N° 21.226. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 2 de abril del 2020.
- Ley N° 21.394. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de noviembre del 2021.
- Ley N° 447-369. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que regula la mediación civil y comercial.
- Anteproyecto De Ley De Medidas De Eficiencia Procesal Del Servicio Público De Justicia, de España.