

LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA DE
RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS
EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

*Mediation as an alternative dispute resolution system in the family
procedure¹*

Patricia Ramírez

Abogada Pontificia Universidad Católica, Mediador de Familia y Salud
Universidad Tecnológica Metropolitana

pvramire@uc.cl

¹ Recibido: 28.08.2019. Aceptado: 03.09.2019

SUMARIO

- 1. Introducción**
- 2. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia**
- 3. La incorporación de la mediación en el procedimiento de familia**
- 4. Situación actual de la mediación**
 - 4.1. La voluntariedad**
 - 4.2. Participación del niño en el proceso de mediación**
- 5. Conclusión**

RESUMEN

Este artículo pretende dar una mirada reflexiva al proceso de mediación familiar como vía de resolución alternativa de conflictos en materia de familia, el que fue concebido, primeramente, en la Ley de Tribunales de Familia, como instancia voluntaria, siendo en la actualidad un trámite previo y obligatorio en determinadas materias. Teniendo en consideración las características de la problemática familiar, los principios rectores del derecho de familia en Chile y aquéllos de orden general en los cuales se sustenta nuestro ordenamiento, y la situación actual de la mediación familiar, en esta oportunidad se formularán algunas observaciones a dicha institución.

Palabras claves: *Mediación, conflicto familiar, procedimiento de familia, solución alternativa de conflictos.*

ABSTRACT

This article pretends to give a reflective look at family mediation process as an alternative of resolution about family conflicts, which was conceived first in Law Family Court, as a voluntary instance, being currently an obligatory and previous procedure in determined subjects. Considered the peculiar characteristics about family problems, the basics values in Chilean's family law and general orders in which ones our legal system is based, and the actual situation about family mediation, in this article we formulate some observations to the responsible institution.

Keywords: *mediation, family conflict, family procedure, alternative conflictive solutions.*

1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley N.º 19.968, que crea los Tribunales de Familia en nuestro país, se reforma radicalmente la judicatura destinada a la resolución de conflictos en el ámbito familiar, estableciendo, para tales efectos, un nuevo procedimiento, des formalizado, caracterizado por la oralidad, la especialidad, la concentración, la inmediatez, la publicidad (restringida, por cierto) y la oficialidad²; que tiene al interés superior del niño -a quien reconoce el estatus de sujeto de derechos- como uno de sus principios rectores³, y que instituye la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes como principio a aplicar por los juzgados de familia, durante el procedimiento y en la resolución del asunto, a fin de mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando sus acuerdos⁴. Por lo anterior, es que se consagra a nivel legal la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos, como bien disponen los artículos 103 y siguientes del citado cuerpo legal.

La institución de la mediación en el procedimiento de familia, en efecto, obedece a un cambio de paradigma frente a la resolución de conflictos en materia de relaciones familiares; sin embargo, no puede desconocerse que, en el fondo, su inclusión guarda estrecha relación con la evolución del derecho de familia, en el cual la autonomía de la voluntad -en tanto manifestación de la libertad individual-, ha alcanzado una extensión que, antaño, era inconcebible. De este modo, junto con mejorar la eficacia del sistema judicial en cuanto a la tramitación de causas, a través de la mediación se buscó crear espacios que propendieran a las soluciones autocompositivas, a fin de favorecer la armonía del grupo familiar, toda vez que se entrega a los involucrados un gran poder decisivo en orden a resolver sus asuntos de familia, en igualdad de condiciones, validándose los acuerdos adoptados -los cuales son jurídicamente vinculantes-, manteniéndose, en todo caso, como límite a dicha libertad la protección de los intereses de las personas consideradas más débiles.

No obstante, la situación actual dista bastante de la concepción original, al punto que las partes, en la mayoría de los casos, sólo recurren a la mediación en aquellas materias que, de conformidad al artículo 106 de la Ley N.º 19.968, obligatoriamente deben hacerlo -esto es, derecho de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular-, como trámite previo al inicio de un procedimiento de orden contencioso, quedando, en todo caso, el acuerdo sometido a aprobación del Tribunal, por lo que, pese a existir acuerdo de las partes, la

² Artículos 9 - 15 de Ley N.º 19.968.

³ Artículo 16 de Ley N.º 19.968.

⁴ Artículos 9 y 14 de Ley N.º 19.968.

mediación puede no ser próspera.⁵

Así las cosas, resulta difícil mantener la convicción de que la mediación dentro del procedimiento de familia mantiene incólume su carácter de mecanismo de resolución alternativa de conflictos; por el contrario, atendidos los cambios que ha tenido la Ley de Tribunales de Familia desde su entrada en vigencia, la extensión de un certificado de mediación frustrada a los intervinientes, si bien da cuenta de la falta de acuerdo entre ellos, deviene en el cumplimiento de uno de los requisitos de admisibilidad para la interposición de una demanda⁶, transformándose, en definitiva, en una formalidad habilitante para dar inicio a un procedimiento de orden contencioso, perdiendo su naturaleza de instancia propicia destinada a la resolución de problemáticas familiares de manera efectiva.

De este modo, y desde una perspectiva más bien formalista, la mediación pasó de ser un mecanismo extrajudicial y voluntario, destinado a facilitar la resolución de conflictos de orden jurídico-familiar, a ser considerada como una instancia prejudicial que, en la práctica, obstaculiza y dilata la intervención del poder jurisdiccional cuando los integrantes de una familia así lo requieren. Es más, la falta de regulación legal de algunas hipótesis que pueden configurarse en la mediación familiar, tales como la comparecencia del niño en esta etapa y el ejercicio de su derecho a ser oído, la posibilidad de las partes de comparecer representados, las formalidades que deben cumplirse en cuanto a la citación a las partes para las sesiones de mediación, y el cumplimiento del acuerdo en sede jurisdiccional, no sólo genera desconfianza en relación a la tutela adecuada de los derechos de los intervinientes en esta instancia, sino que también impide que, libre y voluntariamente, se recurra a la mediación para resolver otras materias permitidas por la ley.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DEL DERECHO DE FAMILIA

Como bien señala nuestra doctrina⁷, el Derecho de Familia, desde su primitiva regulación en el Código Civil, ha sido objeto de modificaciones a través de reformas sucesivas, al punto que los fundamentos clásicos de dicha rama del Derecho han sido reemplazados por otros, radicalmente opuestos.

⁵ En algunas materias que deben pasar previamente por mediación, como lo es confiar el cuidado personal de un niño, niña o adolescente a un tercero, en muchas ocasiones los tribunales, previo a emitir un pronunciamiento al respecto, e invocando el "interés superior del niño", citan a los padres a audiencia especial o bien la rechazan de plano, aun cuando en el acta de mediación se dé cuenta de antecedentes que, inequívocamente, permitan concluir que, sin perjuicio de la voluntad de los padres, lo mejor para ese niño es que ese tercero asuma su cuidado personal.

⁶ Los artículos 57 y 106 de la Ley N.º 19.968 señalan, en síntesis, que, respecto de las materias señaladas, es obligatorio pasar previamente por el proceso de mediación; en el caso de no llegar a acuerdo, y para el evento de iniciar procedimiento contencioso, se necesita acompañar a la interposición de la demanda el certificado de mediación frustrada a fin de declararla admisible.

⁷ DOMÍNGUEZ, 2005, pp. 207 y ss.

Al efecto, mientras Bello tuvo como pilares del Derecho de Familia el matrimonio religioso e indisoluble, la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal así como la administración unitaria y concentrada en el marido de la misma, la patria potestad exclusiva del padre, los privilegios de la filiación legítima, la inmutabilidad del régimen patrimonial existente entre los cónyuges, y la falta de reconocimiento jurídico de las familias de hecho y de tratamiento jurídico diferenciado de la violencia intrafamiliar y del adulterio como figura tipificada discriminatoriamente contra la mujer; hoy en día sólo subsisten algunas de las características decimonónicas antedichas, a raíz de las transformaciones progresivas que ha sufrido esta área del Derecho, en aras de asegurar libertad, igualdad y equidad a los miembros de la familia -principalmente de aquéllos que históricamente fueron discriminados o han estado en una situación de desmedro-, y en total consonancia con los postulados constitucionales en cuanto a la protección y eficacia de los derechos fundamentales, toda vez que el individuo goza de un ámbito de libertad que le permite adoptar las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto no se vean afectados derechos de terceros. Es así como el ordenamiento jurídico vigente contempla como principios del Derecho de Familia el matrimonio civil e indisoluble -sin perjuicio de la institución del divorcio vincular en la Ley de Matrimonio Civil⁸-, la plena capacidad jurídica de ambos cónyuges -cualquiera sea el régimen de bienes que exista entre ellos-, las limitaciones establecidas al marido en la administración de la sociedad conyugal, la coparentalidad en materia de patria potestad y autoridad respecto de los hijos, la igualdad entre los hijos con filiación determinada y la posibilidad de los cónyuges de elegir el régimen patrimonial del matrimonio al momento de su celebración o modificarlo por acto posterior⁹. De esta manera, encontrándose los cónyuges prácticamente en un plano de igualdad en el ámbito patrimonial¹⁰, y en cuanto a los derechos que tienen ambos padres respecto de sus hijos, impresiona la relevancia que cobra el principio de autonomía de la voluntad en esta rama del Derecho Privado, especialmente en caso de ruptura matrimonial¹¹ o término de la relación de pareja, más aún cuando existen hijos en común; así las cosas, y a fin de evitar la perpetuación del conflicto, se considera que los padres y/o cónyuges tienen mayor poder de decisión en relación a las materias que merecer ser reguladas con ocasión del quiebre (o al menos, algunas de ellas), puesto que la imposición de rígidos esquemas legales o judiciales no necesariamente

⁸ Artículos 53 y siguientes Ley N.º 19.947.

⁹ DOMÍNGUEZ, 2005, pp. 207 y 209.

¹⁰ Con excepción del patrimonio reservado de la mujer casada y la posibilidad de la mujer casada en sociedad conyugal de renunciar a los gananciales, por una parte; y por otra, la imposibilidad de la mujer de administrar los bienes sociales y propios, si opta por el referido régimen patrimonial.

¹¹ Situación contemplada en la Ley de Matrimonio Civil N.º 19.947, al tratar el “convenio regulador de relaciones mutuas”, en caso de separación o divorcio por cese de la convivencia solicitado de mutuo acuerdo.

conduce a resultados satisfactorios.

No puede ignorarse que, en tanto proyección de la libertad y de la intimidad, el avance sostenido en el ámbito familiar de la autonomía privada obedece, en gran parte, a los nuevos modelos de organización familiar, en tanto fenómenos sociales fundados en vínculos sanguíneos y afectivos, los que no pueden seguir siendo desconocidos por el derecho pese a no pasar por un sistema formal para su constitución, como acontece con el matrimonio. Si bien se reconoce al orden público como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares -esto es, aquéllos aspectos de la realidad jurídica que se consideran esenciales y que son de interés de toda la sociedad, por lo que no pueden quedar al mero arbitrio de los particulares, tales como los derechos irrenunciables, las materias relacionadas con el estado civil de las personas y la protección de los más débiles¹²,- dicho principio se ve manifestado en la libertad para contraer o no matrimonio con una persona de distinto sexo, así como la no obligatoriedad de los cónyuges a permanecer juntos por toda la vida, toda vez que pueden poner término al matrimonio ejerciendo la acción de divorcio, acreditando la causal invocada -esto es, la culpa o el cese efectivo de la convivencia por los plazos legales, sin reanudación de la vida en común-, permite a los involucrados celebrar actos jurídicos destinados a regular las relaciones conyugales y paterno-filiales, aumentando la seguridad jurídica en cuanto al cumplimiento de los acuerdos y reduciendo la imprevisibilidad en un ámbito en que las cosas cambian muy rápidamente.

Así las cosas, y dada la importancia de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y/o de los padres en la regulación de los efectos de sus crisis como pareja tanto a nivel patrimonial como personal, entre ellos y respecto de sus hijos, es que los últimos hitos legislativos han recogido la tendencia a respetar y validar los acuerdos que se adopten en ese sentido, siempre que, claro está, no se afecten las normas de orden público. Reflejo de tal situación son, por una parte, los pactos de separación, el acuerdo regulatorio de relaciones mutuas y respecto de los hijos y los acuerdos sobre compensación económica, establecidos en la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947; y, por otra, la dictación de la Ley N° 20.680, más conocida como “Ley Amor de Papá”, la que teniendo como principios rectores el interés superior del niño y la igualdad constitucional del padre y la madre, consagra la corresponsabilidad de los progenitores, favoreciendo su participación activa e incentivando los acuerdos en cuanto a la crianza y educación de los hijos, pese a la separación, a fin de evitar la judicialización de estos asuntos.¹³

¹² LEPIN, 2013, p. 102.

¹³ Promulgada el 16 de junio de 2013 y publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 2013.

3. LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley que crea los Tribunales de Familia, el procedimiento destinado a resolver los conflictos en dicha materia -que requería intervención de un Juez de Menores-, no estaba acondicionado para dar una respuesta socialmente adecuada este tipo de controversia, la que, atendidas sus especiales características, a todas luces demanda mecanismos especiales, principalmente teniendo en consideración que los problemas familiares guardan relación con el bienestar cotidiano de las personas, la armonía del hogar, y los sentimientos y emociones de sus miembros.

Frente a la necesidad de modernizar el sistema jurisdiccional en materia de familia, en el año 1997 se envía a la Cámara de Diputados el Mensaje Presidencial con el que se inicia en Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia¹⁴. Dicho proyecto buscaba dotar a nuestro sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos destinados a facilitar el acceso a la justicia de todos los sectores de la sociedad -con especial énfasis en aquellos sectores de menos recursos-, y a mejorar el funcionamiento de los tribunales en cuanto a su eficiencia en la tramitación de los diversos procedimientos; no hay discrepancia en cuanto a la especialidad que reviste el conflicto familiar, y que es indispensable, por ello, el establecimiento de mecanismos que favorezcan la inmediatez entre los involucrados, por lo que impera la idea de buscar soluciones colaborativas entre las partes, creándose canales e instancias destinadas en tal sentido.

Al efecto, el Mensaje Presidencial señalaba como uno de los objetivos de la nueva judicatura especializada en familia, la institución de un procedimiento que confiera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar, a fin de buscar resultados de manera cooperativa que acrecienten el bienestar de todas las partes en conflicto, toda vez que el procedimiento vigente hasta ese momento en nuestro país resultaba inadecuado para resolver contiendas familiares¹⁵. Es así como, habiendo conciencia respecto de la carencia, en nuestro sistema de administración de justicia, de instrumentos adecuados para enfrentar los contenciosos de naturaleza familiar¹⁶, se contempla la mediación¹⁷ como un sistema alternativo de solución de conflictos que no sólo ayudaría a descongestionar los tribunales, sino que también permitiría a las personas adoptar soluciones más específicas que las estrictamente jurídicas, promoviendo, en definitiva, la autocomposición en asuntos de

¹⁴ Mensaje N.º 81-336 de fecha 03 de noviembre de 1997.

¹⁵ Historia de la Ley N.º 19968 que Crea los Tribunales de Familia, pp. 6 y ss.

¹⁶ Oficio de Corte Suprema a Cámara de Origen N.º 0035, de fecha 14 de enero de 1998.

¹⁷ Historia de la Ley N.º 19968 que Crea los Tribunales de Familia, p. 56.

familia, de modo voluntario, personal y confidencial, respondiendo con mayor cercanía a los intereses y necesidades de las personas¹⁸.

De esta manera, entendiendo a la familia como una institución en la que predominan los vínculos afectivos y que, simultáneamente, se encuentra sometida a las múltiples funciones que la sociedad le asigna, tales como asegurar la reproducción y la inserción del individuo en el medio; teniendo presente que las conductas de sus integrantes no pueden ser estimadas de manera aislada, y considerando además que, si el juez accede a la petición de una de las partes, la otra entiende que ha sido negando su requerimiento, la mediación aparece como el mecanismo más adecuado para lograr la mejor solución de las contiendas familiares, toda vez que con ella se busca que ambas partes en conflicto resulten beneficiadas con el acuerdo que surja de ellas mismas, con la colaboración de un tercero neutral sin poder coercitivo.

Como bien sostiene Carlos Peña¹⁹, la mediación familiar, en tanto sistema alternativo al estrictamente jurisdiccional -orientado a resolver conflictos entre partes destinadas a interactuar indefinidamente en el futuro y partícipes de un sistema de relaciones que no pueden abandonar atendida la naturaleza del vínculo que las une-, presenta ventajas importantes para una política de justicia que desee ser socialmente adecuada y eficiente, pues permite aumentar el nivel de tutela, a menor costo, y sin desproteger a nadie que esté actualmente protegido, mejorando las oportunidades de acceso por parte del Estado. Al haber diversidad en las formas de resolución de los conflictos que se generen en el ámbito familiar, alentando los mecanismos alternativos y desjudicializándose el sistema de administración de justicia en su conjunto, se brinda a los ciudadanos una posibilidad genuina, accesible, plural, heterogénea y no necesariamente jurisdiccional, de protección de los derechos, siendo la mediación la vía más idónea, pues se trata de un proceso interactivo que crea canales de comunicación en atención al contexto biográfico en que se desenvuelve la problemática. Frente a una excesiva judicialización del derecho de familia y de la infancia, a fin de evitar la solución confrontacional de estos conflictos, la mediación facilita el logro de soluciones colaborativas que poseen menos riesgo de defección o transgresión, aumenta la autoestima y la satisfacción de las partes y se favorece el cumplimiento de la solución alcanzada.

De este modo, y existiendo consenso en cuanto a lo beneficioso que resulta para la sociedad chilena la implementación de un procedimiento de carácter no adversarial que, en una situación de conflicto que no sólo involucra intereses y necesidades de orden patrimonial, sino también emociones y sentimientos, se ve en la mediación una oportunidad para disminuir la intensidad de los desacuerdos -principalmente cuando existen abogados de

¹⁸ Historia de la Ley N.º 19968 que Crea los Tribunales de Familia, pp. 70 y ss.

¹⁹ PEÑA, 1997.

por medio-, además de concebirla como una instancia de formación cultural para alcanzar soluciones cooperativas, en la que, junto con favorecerse la autoestima y la validación social de los participantes, se favorece el ejercicio de los derechos de las personas, ejerciendo una labor preventiva de situaciones de riesgo y de conflicto, al preocuparse de la totalidad del grupo familiar²⁰.

Bajo este espíritu, con fecha 30 de agosto de 2004, se publica la Ley N.º 19.968, que crea los Tribunales de Familia²¹, norma que, junto con consagrar la mediación como procedimiento al que las partes pueden recurrir con antelación al juicio de manera voluntaria, o bien por derivación del juez una vez iniciado el procedimiento, para que con ayuda de un tercero neutral, sin poder coercitivo, mejoren su comunicación y obtengan por sí mismas la solución a su problema, de manera no rupturista, buscando la recreación de vínculos y tendiendo a una convivencia respetuosa pese al rompimiento familiar y de cara, en muchos casos, a una nueva organización familiar –toda vez que el cambio que afecta a la familia a raíz de los conflictos, en ningún caso deja sin efecto los derechos y deberes que existen entre sus miembros²²; señalando, asimismo, cuáles son los principios fundamentales que deben regir el proceso de mediación y los requisitos que debe cumplir el mediador.

Pese a los múltiples conceptos que existen sobre la mediación familiar, como bien señala Macarena Vargas, existe consenso doctrinario en “su carácter autocompositivo, el rol facilitador del mediador y en la búsqueda de satisfacción de los intereses y necesidades de las partes, que permite, de ser necesario, la continuidad de las relaciones de los involucrados”²³. En el mismo sentido, el artículo 103 de la Ley N.º 19.968, la define como “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”, estableciendo en el artículo 105 los principios que se deberán cumplir, en las diferentes situaciones que se vayan presentando, y que deben ser dados a conocer de manera explícita a las partes al momento de comenzar una mediación, a saber: igualdad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, interés superior del niño y opiniones de terceros.

Sin embargo, pese a las buenas intenciones del legislador en cuanto a empezar a instaurar de manera progresiva mecanismos de resolución alternativa de conflictos destinados a buscar soluciones cooperativas que satisfagan los intereses y necesidades de todas las personas involucradas de manera no adversarial en nuestro ordenamiento jurídico, y aun cuando existe consenso en cuanto a que existen materias vinculadas con las relaciones de

²⁰ Historia de la Ley N.º 19968 que Crea los Tribunales de Familia, pp. 75 y ss.

²¹ Ley N.º 19.968, Crea los Tribunales de Familia.

²² Historia de la Ley N.º 19968 que Crea los Tribunales de Familia, págs. 301.

²³ VARGAS, 2008, pp. 183-202.

familia que no pueden ser sometidas a mediación²⁴, la inadecuada formación que presenta nuestra sociedad en relación a la posibilidad de arribar a acuerdos de manera voluntaria, de buena fe, en base a propuestas que emanen de las partes de manera espontánea, sin necesidad de que sea una tercera persona quien imponga su decisión frente a la controversia que es sometida a su conocimiento y en las que todos los involucrados puedan resultar beneficiados de una u otra manera, hizo que a poco andar se tuviera que modificar la Ley de Tribunales de Familia en cuanto a la mediación, lo que implicó que, en la actualidad, dicha institución sea vista por un porcentaje no menor de los usuarios de los Juzgados de Familia como trámite preliminar en determinadas materias, en lugar de ser considerado como un mecanismo idóneo para la solución de sus conflictos

Efectivamente, hoy en día la mediación familiar se concibe como un sistema de resolución de conflictos voluntario a que llegan las partes, ayudadas por un tercero imparcial -mediador familiar-, para a obtener una solución que surja de ellos mismos, a través de sesiones realizadas fuera del tribunal, en un ambiente que favorece el entendimiento, y que debe ser sometida a aprobación del Juez de Familia para que tenga el mismo valor de una sentencia judicial²⁵. No obstante lo anterior, ya sea por falta de interés, desconocimiento o bien por falta de conocimiento y desarrollo la “cultura de la paz”²⁶, en un primer momento los afectados por un conflicto familiar no fueron muy cercanos a concurrir a mediación para acercar posiciones extrajudicialmente, situación que terminó por colapsar en corto tiempo el sistema de Tribunales de Familia recientemente instaurado; lo anterior llevó a que se tuvieran que introducir modificaciones en la Ley N° 19.968, estableciéndose que ciertas materias de manera obligatoria debían pasar por mediación, previo a iniciar un procedimiento contencioso.

Es, a partir de este momento, cuando -a mi entender, claro está- empieza a cambiar la naturaleza de la mediación, pues si bien la idea de consagrar a nivel legal que, en determinados casos, las partes obligatoriamente debían pasar por mediación a fin que pudieran solucionar sus conflictos sin necesidad de intervención del aparataje jurisdiccional y sin tener que exponer, en muchos casos, a un procedimiento judicial a los menores de edad o a los miembros del grupo familiar que se encuentran en una situación desmejorada, en la práctica y desde un punto de vista procesal y funcional, la derivación a mediación con anterioridad a la interposición de una demanda es entendida como un entorpecimiento al inicio del procedimiento contencioso, encareciendo el proceso y, en definitiva, creando

²⁴ Tales como los asuntos relativos al estado civil de las personas, declaraciones de interdicción, maltrato de niños, niñas y adolescentes, violencia intrafamiliar y procedimientos de adopción de menores de edad.

²⁵ Definición dada por el Congreso Nacional

²⁶ Según la definición de las Naciones Unidas (1998, Resolución A/52/13), la cultura de la paz consiste en una serie de valores, actitudes y comportamientos que rechazan la violencia y previenen los conflictos, tratando de atacar sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo y la negociación entre las personas, los grupos y las naciones.

trabas para aquellas personas que, no teniendo interés ni ánimo alguno en buscar una solución a sus divergencias de manera colaborativa, necesitan el pronunciamiento de un tercero imparcial, esta vez dotado de facultad de imperio que le permite obligar a las partes a cumplir incluso forzosamente con lo resuelto, que dirima la situación de relevancia jurídica sometida a su conocimiento.

4. SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Con el transcurso del tiempo, y pese a las modificaciones que se han introducido a las normas aplicables al procedimiento de familia, es posible detectar cierta problemática en determinados aspectos de la mediación familiar -muchos de ellos de orden formal, valga precisar-, que, en definitiva, terminan por generar en los usuarios del sistema tal nivel de desconfianza en relación con el adecuado resguardo de sus derechos, que finalmente, siguen prefiriendo el imperio jurisdiccional para la resolución de sus conflictos familiares. Algunos de ellos dicen relación con la voluntariedad de participación en el proceso, y la incorporación del niño y el ejercicio de su derecho a ser oído.

4.1 La voluntariedad.

Como ya se ha señalado, el texto original de la Ley N° 19.968, sólo contemplaba a la mediación como instancia voluntaria, por lo que los participantes, ya sea derivados por el Tribunal de Familia o bien de manera espontánea, podían participar en este proceso. Sin embargo, a raíz del colapso que sufrieron los nuevos tribunales desde su entrada en funcionamiento, en el año 2006 y a fin de mejorar la eficiencia del sistema –el que no cumplió con las expectativas y se vio prontamente desbordado por errores de cálculo de la demanda, la introducción de la comparecencia personal sin asistencia letrada, problemas del diseño de los procedimientos, dificultades en la gestión interna de los tribunales y en la implementación de la reforma²⁷-, se vislumbra la figura de la mediación obligatoria; de este modo, si bien la voluntariedad sigue siendo un principio formativo de la mediación –en el sentido que el mediador en caso alguno puede obligar o impedir la decisión de no continuar con el proceso, pese a estar facultado para exponer las ventajas de lograr acuerdo en esta etapa-, en determinados casos es obligatorio que las partes pasen por mediación previo a iniciar un proceso en sede judicial, aun cuando no tengan interés alguno en ser parte de ella.

²⁷ VARGAS, 2008, pp. 183-202.

Al efecto, el artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia²⁸ señala en su inciso primero que, tratándose de causas relativas al derecho de alimentos –situación que comprende tanto el primer requerimiento de pensión de alimentos, como el aumento, la rebaja y el cese de los mismos, respecto de alimentarios mayores y menores de edad-, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, deberán someterse obligatoriamente a un proceso de mediación previo a la interposición de la demanda; en cuanto al resto de las materias cuyo conocimiento corresponda a los tribunales de familia, exceptuadas aquellas respecto de las cuales la mediación se encuentra expresamente prohibida, por cierto, el mismo artículo, en su inciso final, agrega que podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes.

En el mismo sentido, y para efectos de determinar si se debe dar curso o no a una demanda, el artículo 54-1 del citado cuerpo legal²⁹ indica que, al momento de efectuarse el control de admisibilidad, y tratándose de aquellas materias respecto de las cuales es obligatorio pasar previamente por mediación, sólo se dará curso a la demanda en tanto se acompañe a la misma el certificado de mediación frustrada, situación que se verifica, como bien señala el

²⁸ Artículo 106.- Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento. Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a los casos del artículo 54 de la ley N° 19.947.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este requisito, si acreditaren que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación ante mediadores inscritos en el registro a que se refiere el artículo 112 o si hubieren alcanzado un acuerdo privado sobre estas materias. Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso siguiente, podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes. No se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley.

²⁹ Artículo 54-1.- Control de admisibilidad. Uno o más jueces de los que componen el juzgado, realizarán un control de admisibilidad de las demandas, denuncias y requerimientos que se presenten al tribunal. Si en dicho control se advirtiese que la demanda presentada no cumple con los requisitos formales previstos en el artículo 57, el tribunal ordenará se subsanen sus defectos en el plazo que el mismo fije, bajo sanción de tenerla por no presentada.

Con excepción de los numerales 8) y 16) del artículo 8°, si se estimare que la presentación es manifiestamente improcedente, la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión. La resolución que la rechace será apelable en conformidad a las reglas generales.

El juez deberá declarar de oficio su incompetencia.

artículo 111 de la Ley en comento, en el caso que alguno de los participantes, citado por dos veces, no concurriera a la sesión inicial, ni justificare causa; si, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación, y, en general, en cualquier momento en que el mediador adquiera la convicción de que no se alcanzará acuerdos.

De lo expuesto anteriormente, es posible percibir que, hoy en día, la institución de la mediación en el procedimiento de familia en Chile, a raíz de la situación de facto que llevó a establecer la obligatoriedad de la misma en ciertos casos, no cumple cabalmente con el principio de la voluntariedad –pues obliga a las partes a asistir en ciertos casos-, ni con su finalidad como vía alternativa para la resolución de conflictos en materias de familia destinada a evitar la judicialización, principalmente por los siguientes motivos:

- a) Si bien la ley establece respecto de qué materias el proceso de mediación es obligatorio o bien inaplicable, señala de manera amplia que, en relación con las demás materias que sean competencia de los Juzgados de Familia, en cuanto a su conocimiento y respecto de las cuales la mediación no se encuentre expresamente prohibida, las partes de manera voluntaria pueden concurrir a mediación. Conforme lo anterior, la resolución de conflictos relacionados, por ejemplo, con la declaración de un bien como familiar, su desafectación o bien la autorización para que un menor de edad pueda salir del país perfectamente podrían ser asuntos sometidos a mediación para su resolución extrajudicial; sin embargo, en la práctica, las partes no optan por dicho mecanismo, recurriendo directamente a tribunales, aun cuando exista interés por alcanzar un acuerdo cooperativamente. En ese sentido, claramente la mediación resulta inoperante como forma autocompositiva de conflictos de naturaleza familiar, pese a contar con respaldo legal, quizás por falta de difusión y educación en cuanto a la posibilidad de acceso a la misma y sobre el valor legal de los acuerdos alcanzados en tal instancia.
- b) En relación a aquellas materias en las que la mediación es trámite previo y obligatorio, tratándose de situaciones en las que las partes, por razones de diferente índole, no están dispuestas a buscar una instancia para acercar posiciones y buscar una solución colaborativa a sus conflictos, la mediación familiar viene a transformarse en un requisito prejudicial con el cual se debe cumplir forzosamente, incluso contra la voluntad de los afectados, para el solo efecto que la demanda pueda ser admitida a tramitación. De esta manera, y pese a no existir interés por parte de los intervinientes siquiera en comparecer a las sesiones a las cuales sean citados, la obligatoriedad de la mediación previa más allá de ser una vista como una oportunidad para instar a las partes a comunicarse y resolver por sí mismos sus conflictos, deviene en una formalidad procesal con la que se debe cumplir para el sólo efecto de contar con el acta de mediación frustrada, situación que, a la postre, viene a entorpecer, retrasar y encarecer el procedimiento, y, al mismo tiempo, desvirtuar el rol del mediador familiar, quien en vez de ser un tercero imparcial que

busca lograr un acercamiento de las partes para la solución de sus divergencias de manera autocompositiva, se transforma en un mero ministro de fe, que mediante un documento que lleva su firma, da cuenta de que su labor se encuentra frustrada.

4.2 Participación del niño en el proceso de mediación.

Del momento en que los niños, niñas y adolescentes adquieren el estatus de sujetos de derecho en el procedimiento de familia, su interés superior y su derecho a ser oído se transforman en principios rectores que debe tener el juez siempre como consideración principal en la resolución del asunto que está conociendo, como bien señala el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia. Asimismo, el artículo 105 letra e) del referido cuerpo legal, indica que, durante todo el procedimiento de mediación, se debe velar porque se cumpla con el principio de interés superior del niño, pudiendo el mediador, en su caso, citarlo sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.

Si bien, a primera vista, podría interpretarse que la comparecencia del niño es una facultad que puede ejercer el mediador en caso que la considere como “estrictamente indispensable”, hay que tener presente que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁰, establece el derecho de los niños y niñas a expresar sus opiniones de manera libre en todos aquellos asuntos que los afecten y a que estas opiniones sean tomadas debidamente en cuenta, y reconoce el derecho de todo niño a que se le ofrezca la posibilidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, debiendo impulsarse los cambios en la legislación y prácticas de los Estados para que dicho derecho sea garantizado.

De esta manera, y teniendo presente que el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N.º 12, sobre el Derecho del Niño a ser escuchado, explica cómo debe hacerse efectivo este derecho en una serie de contextos, incluyendo la esfera de la salud, la educación y la familia, Aoife Nolan³¹ da luces de ciertos elementos que deben tenerse en consideración al momento de ejercerse este derecho. Primeramente hace presente que el derecho en comento sólo se aplica a niños que son capaces de formarse sus propias opiniones, por lo que éstas deben ser tomadas en cuenta en función de su edad y madurez³²; acto seguido, dado que el artículo referido reconoce la capacidad del niño al interior de la familia, la comunidad, la sociedad y/o en el contexto democrático, su autonomía real y potencial, se vuelve necesario que los Estados den cumplimiento a las normas básicas de un procedimiento justo, los cuales deben ser accesibles y apropiados para el niño, y que le concedan la oportunidad de ser escuchado, en todos los procedimientos administrativos o judiciales cuyas resoluciones les afecten, ya sea directamente o por medio de un

³⁰ FLORES, Anuario de Derechos Humanos N.º 9.2013, p. 217.

³¹ FLORES, Anuario de Derechos Humanos N.º 9.2013, pp. 219 y ss.

³² FLORES, Anuario de Derechos Humanos N.º 9.2013, pp. 219 y ss.

representante o de un órgano apropiado³³.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a raíz del caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*³⁴, da luces respecto de los estándares que deben cumplirse en el evento que sea requerida la comparecencia de los niños en las causas que les afectan, más aún cuando la posición del padre y de la madre no necesariamente representan sus intereses. De esta manera, se consigna que, en conformidad con los estándares internacionales, se debe informar a los niños -de manera accesible y apropiada- sobre su derecho a ser oídos, los efectos o consecuencias que pueden producir sus opiniones dentro del proceso en el que comparecen, la postura de las partes en el caso, y sobre su voluntad de seguir participando en esa diligencia; luego, en lugar de desarrollarse un examen unilateral, se expresa la conveniencia de sostener un diálogo con el niño -si se cita a más de uno, se recomienda conversar con cada uno por separado-, a fin de proporcionar un ambiente propicio y de confianza, sin que estén presente los padres ni ninguna de los involucrados, manteniendo la privacidad a fin de preservar la identidad de los niños, como por la necesidad de proteger su interés superior y su derecho a la intimidad.

Así las cosas, no caben dudas que la comparecencia de los menores de edad en el proceso de mediación trasciende a la mera discrecionalidad del mediador, sino que, más bien, corresponde al ejercicio a su derecho a ser oído -aun cuando se trate de una etapa prejudicial-, por lo que, en caso de tener que asistir a alguna de las sesiones, han de tomarse todas las medidas necesarias para asegurar las condiciones adecuadas a su comparecencia, en sujeción a los estándares vigentes a nivel internacional y teniendo en especial consideración las características propias del niño. Sin embargo, resulta difícil dar por hecho que, en la práctica, se verifiquen las condiciones necesarias para asegurar el debido ejercicio de este derecho; en ocasiones, la comparecencia del niño puede resultar atentatoria de sus derechos, ya que puede configurar un caso de revictimización, generar en el niño conflictos de lealtades y, en aquellos casos en que los intereses del niño difieren de los intereses de sus padres o adultos responsables, nada dice la ley sobre la posibilidad de nombrar un curador ad litem que asuma la representación de los intereses del niño en esa instancia.

³³ FLORES, Anuario de Derechos Humanos N.º 9.2013, p. 220.

³⁴ FLORES, Anuario de Derechos Humanos N.º 9.2013, pp. 218.

5. CONCLUSIÓN

La cultura de nuestra sociedad en materia de resolución de conflictos incide directamente en el éxito y/o fracaso de la mediación en tanto vía no adversarial que permite dirimir controversias en materia de familia. En la medida que el espíritu confrontacional y la idea de “querer ganar y derrotar al otro” sigan imperando; que exista poca o nula voluntariedad por parte de los intervinientes en un conflicto tendiente a llegar a una solución de manera colaborativa, con prescindencia de la actividad jurisdiccional -y sin perjuicio de ello se les obligue a asistir a un proceso del que no quieren ser partícipes-; así como la comodidad que presenta para los intervinientes que sea un tercero con facultad de imperio, en representación del Estado, quien resuelva los problemas que se generen en el seno de una familia, son circunstancias determinantes al momento de preguntarse por qué la mediación familiar no ha prosperado como se esperaba originalmente y como ocurre en otros sistemas jurídicos, tales como el francés y el canadiense, cuyas experiencias fueron tomadas como modelo a seguir según consta en la historia de la ley de Tribunales de Familia.

La falta de una formación adecuada en nuestro país en cuanto al modo en que se enfrentan los conflictos y lo arraigado que se encuentra en nuestra sociedad la cultura del conflicto, junto con los problemas enunciados en relación con la voluntariedad y la participación del niño, claramente han impedido que la mediación familiar cumpliera de manera cabal su rol como instancia idónea para la solución alternativa de conflictos. De esta manera, en cuanto no se logre un cambio cultural radical respecto de la percepción del conflicto y su forma de resolución por el grupo familiar, las instituciones y el mismo Poder Jurisdiccional, da la impresión de que estamos condenados a seguir tergiversando los mecanismos destinados para tales efectos no sólo en cuanto a su naturaleza, sino también en cuanto a su función social. En tanto no exista conciencia de la importancia de aprovechar las oportunidades ya existentes para resolver de manera cooperativa los conflictos de orden familiar ni exista interés en crear nuevas instancias destinadas a ellos, nuestros tribunales de familia están condenados a seguir llenándose causas para su vista y fallo, con el certificado de mediación frustrada como uno de los tantos documentos que guardan en su carpeta y que formará parte del expediente.

BIBLIOGRAFÍA

CASCÓN SORIANO, Paco, *Educación en y para el conflicto. Cátedra UNESCO sobre Paz y Derechos Humanos*. Barcelona.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005), «Los principios que informan el derecho de familia chileno: Su formulación clásica y su revisión moderna». *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 32, N°2.

ENTELMAN, Remo (2002), *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona. Gedisa.

FLORES, Ona (2013), *Entrevista a Aoife Nolan: Recientes avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales*, Anuario de Derechos Humanos.

GANGA CONTRERAS, Francisco y OTROS (2017) «Rol del estado chileno en el sistema de mediación familiar (período 2009-2015)», *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, Vol. XXIII, N° 2 (Disponible en <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=28056733005>).

GONZÁLES RAMÍREZ, Isabel (2017) «La calidad de la mediación familiar en Chile», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 35 (Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3223864)

LEPIN MOLINA, Cristian (2013), *Autonomía de la voluntad y los acuerdos conyugales*. Estudios de Derecho Civil VIII. Pontificia Universidad Católica de Chile. Legal Publishing Chile.

PEÑA SILVA, Carlos (1997), «Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos». *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. (Disponible en www.palermo.edu/derechoa/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf)

TOMIC-OBRODALJ MARTINOVIC, Vesna (2000), «Contribución de la Mediación en el ámbito de la Familia». *Revista de Trabajo Social*. N° 70.

VALDEBENITO, Catherine (2013) «Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile», *Revista Rumbos TS*. N° 7 (Disponible en http://www.ucecentral.cl/prontus_ucecentral2012/site/artic/20131010/asocfile/20131010185244/caterine_valdebenito.pdf)

VALDEVENTO, Catherine (2017) «Requerimientos de calidad en el ejercicio de la mediación familiar lícitada en Chile. Reflexiones para su conceptualización», *Polis (online)*, Vol. 16 N° 48 (Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682017000300271)

VARGAS PÁVEZ, Macarena (2008), «Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación». *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen XXI N° 2 (Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v21n2/art08.pdf>)

VARGAS PÁVEZ, Macarena y OTROS (2008), «Mediación familiar y género. Informe elaborado para el Servicio Nacional de la Mujer y la Fundación de la Familia». *Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales* (Disponible en https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/CAJ_n18_Serie_Publicaciones_Especiales.pdf)

REVISTA DE MEDIACIÓN FAMILIAR CHILENA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS ((Disponible en <https://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016.pdf>)

LEGISLACIÓN

LEY N.º 14.908, SOBRE ABANDONO DE FAMILIA Y PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS

LEY N.º 16.618, LEY DE MENORES

LEY N.º 19.968, QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

HISTORIA DE LA LEY N.º 19968