

LOS NNA EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE: PARA LA LEGISLACIÓN ¿UN PARTÍCIPE O UN MERO ESPECTADOR?

*Ignacia Emilia Díaz Canalez, María José Valentina Flores Escobar,
Antonia Aguad Cofré, Ayline Francesca Álvarez Vargas
y Canela Alejandra Silva Jeldres*

Tutora: *Constanza Ramírez*
Universidad Diego Portales

Resumen

El sistema de mediación familiar chileno presenta determinadas materias en las que es un trámite previo y obligatorio. En ese sentido, se analiza la participación de los NNA en estos procesos, que si bien se ve consagrada en el art. 105 letra e) de la Ley sobre tribunales de Familia, no existe claridad en su redacción en la forma en la que se pueden incorporar al proceso, dejando al mediador en posición de decidir sobre tal evento. A partir de esto, se revisan los estándares internacionales relativos al Derecho a Ser oído y al Interés Superior del Niño, demostrando en el análisis, la insuficiencia de la redacción de la normativa para garantizar ambos. Finalmente se propone el fortalecimiento de mecanismos para que la participación de los NNA sea implementada de manera efectiva y acorde con lo que ha señalado internacionalmente al respecto.

Palabras clave: Mediación, Participación, Niños, niñas y adolescentes, Derecho de Familia, Derecho a ser oído, Interés Superior del Niño.

Abstract

Chile's family mediation system, presents some matters in which it is a mandatory procedure. On that line, we analyze children's participation in this procedure, because while it is considered on article 105 letter e of Family Court Law, there is no clarity about the way they

can be incorporated to the process, leaving to the mediator the decision on that event. From this, we will review the international standards, regarding the right to be heard and the best interest of the child. The research proposes to strengthen these mechanisms so that participation rights can be efficiently implemented, and according to what the international community has held.

Key words: Mediation, Participation, Children and adolescents, Family law, Right to be heard, Best interest of the child.

1. Introducción

Desde la ratificación por parte del Estado de Chile de la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN), en 1990, se consagró en el sistema jurídico chileno la concepción de las niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA) como sujetos de derecho y no como objetos de protección, como de antaño se entendía, quienes requieren una tutela reforzada por parte de las distintas instituciones para asegurar el ejercicio de estos derechos producto de su vulnerabilidad y de las concepciones adultocéntricas presentes en la sociedad y los operadores de la justicia. Así, se incorporaron una serie de principios al ordenamiento que llevaron a las autoridades a dar lugar a cambios en las distintas estructuras estatales y a las normativas que pudieran afectarles en sus derechos e intereses. Dentro de las reformas originadas en ese contexto se encuentra la ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, la cual regula aspectos procesales y orgánicos respecto de la justicia relativa a conflictos familiares.

En dicho contexto, la presente investigación examina el artículo 105 de la referida ley, que consagra los principios que rigen la mediación en sede familiar, y específicamente la letra e)¹, la cual contempla el Interés Superior del Niño, principio que emana de la CDN. Al momento de definir este principio, la norma establece que se podrá citar al NNA para la determinación del Interés superior del Niño sólo cuando su presencia sea *estrictamente indispensable*. Además, considerando que se contempla la mediación como una etapa previa y obligatoria para algunos procedimientos², existe ausencia de criterios o directrices para determinar cuándo será necesaria la participación de los NNA en esta etapa, lo cual a nuestro juicio no permitiría el ejercicio de los derechos de

¹ Ley 19.968 letra e): Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.

² De acuerdo a la Ley 19.968, en su artículo 106, en las causas relativas a derecho de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, se exige que previo a la interposición de la demanda deberán las partes someterse a un procedimiento de mediación

los NNA en esta instancia en la que se toman decisiones que afectan sus intereses. Por lo anterior, este trabajo sostiene que dicha disposición normativa no permitiría cumplir con los estándares y compromisos asumidos en virtud de la ratificación de la CDN, específicamente en lo que respecta al Derecho a ser oído y al Interés Superior del Niño. El primero, por no asegurar que la opinión de los NNA sea conocida en una etapa en que se decide respecto de sus intereses y en la que las decisiones que se adoptan les afectan directamente. El segundo, en tanto principio y norma procesal, y entendido como el goce y la protección integral de los derechos consagrados en la CDN, por no considerar la participación del NNA.

A raíz de lo anterior, el presente artículo tiene por objeto realizar un análisis crítico de la regulación de la mediación familiar en la ley 19.968, a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos de los NNA y de su participación en este tipo de instancias. Ello se lleva a cabo mediante un análisis de normativa internacional, doctrina y jurisprudencia. El presente trabajo se compone de un marco teórico, en el que se desarrolla la definición y los objetivos de la mediación, así como los derechos de los NNA y sus estándares internacionales. Un análisis crítico de la Ley 19.968 y cómo esta consagra la mediación familiar y la participación de los NNA en esta instancia. Posteriormente se proponen medidas para asegurar un correcto cumplimiento de dichos estándares y de las obligaciones que la CDN impone.

2. La mediación y los derechos de los NNA: Un desafío para los sistemas de justicia

2.1 La mediación como instancia de participación

Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (en adelante, MASC) son un conjunto de fórmulas que pretenden ser una alternativa a la instancia jurisdiccional tradicional³, en los que las partes hacen un esfuerzo para llegar a una solución fuera del escenario judicial, pero que suelen contemplar la intervención de un tercero que los ayude a lograr este objetivo⁴. Entre estos mecanismos se encuentran la mediación, la conciliación y el arbitraje —entre muchos otros—, los cuales, en Chile, tienen una amplia acogida a nivel normativo.

³ Vargas, M., & Fuentes, C. (2015). Introducción al Derecho Procesal. Nuevas Aproximaciones. DER Ediciones. (Obra original publicada en 2018)

⁴ Blanco, M. (2009). MEDIACIÓN Y SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Editorial Reus. Citado por: Illera, M. d. J. (2022). Conflicto, derecho y mecanismos alternativos. Revista Ius et Praxis, (1), 249.

Los MASC en su origen se introducen con la finalidad de buscar soluciones más rápidas y a un menor costo e igualmente eficientes en su cumplimiento⁵. Además, contribuyen a solucionar la congestión de los tribunales y la optimización de los recursos asociados a estas instituciones⁶. Estos mecanismos pretenden generar reformas a los ordenamientos jurídicos en dirección hacia una democratización de la justicia mediante participación de la ciudadanía⁷, siendo la verdadera esencia de estos mecanismos el otorgar un procedimiento simplificado⁸ de forma tal que las partes puedan intervenir de forma activa en la resolución de conflictos. Para efectos de abordar la temática propuesta, tomaremos en consideración las particularidades de la mediación, definida como un procedimiento que implica la intervención de un tercero imparcial -mediador-, que guía a las partes para que estas encuentren por sí mismas una solución satisfactoria para ambas en conformidad a sus intereses y necesidades⁹.

Para efectos del presente trabajo, consideraremos a la mediación como un método *complementario*, es decir, postulando que la vía judicial tradicional no es la vía principal para solucionar conflictos, siendo en ocasiones los MASC los que constituirán el camino troncal para este objetivo¹⁰. Lo anterior, responde a que la legislación chilena contempla diversos casos en los cuales la mediación resulta ser una instancia previa y obligatoria para que un conflicto sea sometido a un escenario judicial, lo cual se considera principalmente, aunque no de forma taxativa, para pugnas relativas a servicios de salud y ciertas materias de derecho de familia¹¹.

⁵ Abel, R. (1982). *The Politics of Informal Justice* (Vols. 1-2) New York, NY: Academic Press. p. 310. Citado por: Díaz Gude, A. (s.f) *Mecanismos Colaborativos: nuevos paradigmas y rol de juez. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos* Material Docente de Academia Judicial Chile p.10

⁶ Vado, L. O. (s.f.). *Medios Alternativos de resolución de conflictos*. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/7nuevo.pdf>

⁷ Garcia, R. (2002). *Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina. El otro derecho*, (26-27), p. 162.

⁸ Vargas Vaca, H. (2013). *Participación de los ciudadanos en gestión de conflictos*. *Revista Derecho del Estado*, (31), p.341

⁹ Vargas, M & Fuentes, C., Op. cit, p. 31

¹⁰ Vall Rius, A. M. (2010). *Gestión Cooperativa de conflictos: MEDARB y otras figuras posibles*. En *Mediación: Un método de ? conflictos: un estudio interdisciplinar*. Colex. Citado por: Carretero, E. (2018). *La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Las ventajas de los MASC*. *Revista EMERJ*, 20(3), 167.

¹¹ Ley 19.996 artículo 43 y ley 19.968 art. 106 respectivamente.

Si bien esta estipulación busca diversificar e incluso modernizar el sistema de justicia chileno, la normativa no está exenta de problemáticas. Ciertas críticas apuntan a que este sistema constituye una mera formalidad habilitante de acceso o un requisito de procesabilidad¹², viendo a la mediación como un obstáculo o más bien un elemento sin importancia por el cual hay que pasar para poder llegar a tribunales, lo que dista de la intención primaria de la implementación de los MASC en la legislación, como el encuentro de las partes para llegar a un acuerdo en la forma de solucionar su conflicto.

Otra crítica que podemos levantar respecto a su implementación de forma obligatoria, ha sido las situaciones de asimetría de partes sujetas a estos procesos. Así se ha planteado frente a los participantes de la mediación en sede de familia en alineación con las históricas desigualdades de género¹³ y a los sujetos que participan en la mediación en conflictos de salud, puesto que, en esencia, en cuanto a prestadores públicos de este ámbito, se enfrentan un particular y el Estado, lo que lleva a cuestionar la efectiva igualdad de condiciones que se pretende instaurar mediante este escenario¹⁴. Por lo anterior, hay que considerar la importancia del principio de flexibilidad en la mediación, el cual permite la adaptabilidad del mecanismo en razón de la calidad de las partes y del proceso del cual están formando parte¹⁵, adquiriendo el mediador una posición fundamental en cuanto a la dirección del debate entre las partes y cómo participan del proceso¹⁶. Este último elemento es fundamental, puesto que es con la intervención activa de todas las partes (y la del mediador para conducir la conversación) que se llegará al acuerdo final satisfactorio para todos.

¹² Avendaño Leyton, I.A. (2020) La mediación como requisito de procesabilidad. Una mirada crítica de tal exigencia. *Justicia & Derecho*. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v3i1.448>

¹³ Vargas, M., Casas, L., & Azócar, M. J. (2008). *Mediación Familiar y Género: Informe elaborado para el Servicio Nacional de la Mujer y la Fundación de la Familia*. Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Diego Portales.p.42-43

¹⁴ PARRA-SEPÚLVEDA, D., OLIVARES-VANETTI, A., & RIESCO-MENDOZA, C. (2018). LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD Y SU ROL EN LA RELACIÓN SANITARIA. *Revista de derecho (Concepción)*, 86(243), pp. 130-131 <https://doi.org/10.4067/s0718-591x2018000100121>

¹⁵ Feinberg, K. R. (1989). Mediation-A preferred Method of Dispute Resolution. *Pepperdine Law Review*, 16(5), Artículo 2. <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol16/iss5/2/>

¹⁶ Erlanger, H. S., Chambliss, E., & Melli, M. S. (1987). Participation and Flexibility in Informal Processes: Cautions from the Divorce Context. *Law & Society Review*, 21(4), 589. <https://www.jstor.org/stable/3053597>

Para efectos de este trabajo revisaremos la mediación familiar, considerando al NNA como parte procesal¹⁷, que debiese ser partícipe de los asuntos que se discuten en estos procesos y al que por sobre todo le afectan las consecuencias e implicancias del acuerdo. Consideramos que el Estado debe asegurarse de que las garantías del debido proceso sean cumplidas a cabalidad, y considerar además las vulnerabilidades en lo que respecta a esta categoría. Esto, en miras a que su participación en este proceso sea efectiva y coherente, además, con la Ley 21.430, la que establece garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, en su artículo 50, donde consagra un catálogo de garantías que deben asegurarse para los NNA y su involucramiento en el proceso.

2.2 Derechos de los NNA: lo que ha dicho la comunidad internacional

2.2.1 NNA como sujeto procesal vulnerable

Es importante recalcar que el presente trabajo tiene su enfoque en la participación de los NNA en mediación familiar, sujetos procesales frente a los que, por su circunstancia innata de vulnerabilidad, pueden ver afectadas sus garantías procesales y por tanto sus derechos cuando no se cumple a cabalidad la normativa interna, las obligaciones internacionales, o cuando estas no son suficientes en un contexto concreto.

Todo derecho compete a un sujeto, llamado “persona”¹⁸. La idea de la personalidad, frente al derecho, resulta necesaria para dar una base a los derechos y obligaciones¹⁹. De este modo, el NNA, así como otras categorías vulnerables, son sujetos de derecho, son persona y titulares de derechos fundamentales, “y no plantearlo así constituye una discriminación arbitraria en razón de la edad de la persona.”²⁰

Como se verá a continuación, un estudio de la normativa nacional y la dogmática comparada muestran una creciente preocupación por la inclusión de

¹⁷ Lathrop Gómez, F. (2014). LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL DERECHO CHILENO. Revista chilena de derecho privado, (22), p.2 12. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722014000100005>

¹⁸ Emilio José Bécar Labraña (2020) El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y el derecho interno. Actualidad Jurídica n.º 42, p. 529.

¹⁹ Alessandri et al. (1998) Tratado de derecho Civil - Parte general, núm. 490, p. 353

²⁰ Instituto Nacional De Derechos Humanos (2014), p. 139, con cita de Informe 2010 de la misma entidad.

los NNA como sujetos activos de derecho. Lo anterior responde, entre otras razones, a la necesidad de dar cumplimiento a los parámetros internacionales y a la necesidad práctica de regular las diversas transacciones jurídicas a los que estos se pudieren ver afectos.

La ley 21.430²¹ sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia tiene por objeto, tal como lo consagra su primer artículo-rector transversal de la ley en cuestión-, la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los consagrados en convenciones internacionales ratificadas por Chile creando un sistema de protección y garantías del que expresamente forman parte los Tribunales de Justicia. En la legislación ha implicado un cambio de paradigma de una situación irregular o protección tutelar a la protección integral que concibe a los NNA como sujetos de derechos autónomos y con capacidad de ejercicio en consideración de tres principios: la autonomía progresiva, el derecho a ser oído y el interés superior del niño.²²

Un análisis sistemático de la ley antes referida, nos permite afirmar que, en la línea de la consagración internacional, la normativa concibe al NNA como un sujeto de derecho vulnerable al utilizar expresiones como la atención a sus “necesidades y características particulares”. La debilidad jurídica referida se incrementa por motivos como su incapacidad estructural (propia del desarrollo), la falta de información, la dependencia económica y emocional, y la falta de formalidades habilitantes para que su voluntad sea debidamente manifestada.

No obstante lo anterior, en la mediación familiar la consideración de su participación en el proceso descansa en la autonomía progresiva consagrada en los artículos 5 y 12 de la CDN, posibilitando a los adultos responsables impartir la orientación al efecto, pues como ha indicado la Corte Suprema dando reconocimiento a la normativa precedente, el interés del NNA no implica que este es el único interés que ha de ser contemplado.²³

Siguiendo a Ravetllat, “donde no está en peligro la situación de quien actúa, tampoco se hace necesaria la verificación de su capacidad.”²⁴ Admitiendo dicha

²¹ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 25, mayo, 2024]. SOBRE GARANTÍAS Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.

²² Gómez de la Torre Vargas, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derecho. *Revista de Derecho*, (18), 117. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

²³ Corte Suprema (2015), C. 17.o

²⁴ Ravetllat (2017), p. 21.

interpretación y contemplando las características propias de la mediación familiar, consideramos que para una protección adecuada de los NNA, cuya vulnerabilidad es endógena o propia de la edad, no basta un juicio discrecional sino que parámetros objetivos de protección, tutelando así dicha circunstancia y la vulnerabilidad temporal por la circunstancia judicial en que se ve envuelto

2.2.2 Derecho a ser oído de los NNA: escuchar para transformar en los procesos

El derecho a ser oído se encuentra fundamentalmente contenido en la CDN, específicamente en el artículo 12²⁵. De acuerdo al análisis de la Observación General N°12 del año 2009 de la ONU, instrumento en virtud del cual el Comité De los Derechos del Niño interpreta oficialmente el pacto, se señaló que: “el artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta²⁶.”

Este derecho debe ser garantizado por los Estados y en virtud de lo prescrito es posible establecer, además, que el derecho del niño a ser oído corresponde a un Derecho Humano fundamental, considerado como uno de los cuatro valores fundamentales de la CDN²⁷. Como señalan Vargas y Correa²⁸, este derecho tiene una doble dimensión, por un lado, para su concreción el niño debe tener la posibilidad de expresar sus opiniones, y por otro, el deber correlativo

²⁵ El artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño se encuentra consagrado en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: [s.n.], 2009. 33 p. Observación general N12 CRC/C/GC/12.

²⁷ Ibid. p. 5

²⁸ VARGAS, Macarena y CORREA, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis [en línea]. 2011. no. 1 [consultado el 10, junio, 2024], p. 185. Disponible en Internet: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf>

de que sea escuchado. De esa manera, los NNA deben tener la posibilidad de ser oídos y de participar en la construcción de decisiones finales que afecten su ámbito de vida, es por esto, que este derecho debe verse reflejado de la misma forma, en la participación de diversos procedimientos de relevancia jurídica, donde las decisiones finales no solo competen a los NNA, sino que también les impactan de forma directa²⁹.

UNICEF ha señalado que se debe partir de la base de que los NNA, son capaces de expresar sus opiniones, sin la exigencia de que prueben esa capacidad, sino que considerando que son los adultos en el proceso quienes deben asegurar las condiciones de su ejercicio. El ejercicio de este derecho se vuelve clave en la medida de que se encuentra estrechamente relacionado con el ejercicio de otros derechos, volviéndose un mandato para la garantía del derecho al interés superior del niño y al derecho a participación³⁰.

2.2.3 Interés Superior del Niño: un concepto evolutivo consagrado a nivel internacional

Por su parte, el Interés Superior del Niño (ISN) se encuentra contemplado en el artículo 3 de la CDN, el cual ha sido definido como “un derecho, un principio y una norma de procedimiento, basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño.³¹” Aquel planteamiento es dado por la Observación General N°14 sobre la Convención de Derechos del Niño en el año 2013. Bajo esta óptica se nos revela la triple identidad que el concepto posee, las que compartirían una misma base: la protección integral de los derechos del niño en el marco del procedimiento en el que se encuentran involucrados, optando por aquellas variables que en definitiva, sean menos lesivos en los derechos de los NNA y, en suma, sopesen las repercusiones que conllevan tales decisiones en la vida de aquellos. Ante todo aspecto, debemos de considerar que el ISN tiene máxima prioridad³², y aquello implica que no atender o carecer de fórmulas que guíen su efectivo e íntegro recogimiento, consecuentemente conlleva a que las decisiones jurisdiccionales que conciernen directamente a los NNA y sus derechos los relegue a un papel

²⁹ UNICEF. (s.f.). El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos (Documento de trabajo N°2).

³⁰ Ibid.

³¹ COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. cit., p. 1.

³² Ibid. p. 6

más secundario, no integrando adecuadamente a las sentencias este principio rector, contraviniendo lo establecido en los tratados internacionales.

En relación a lo previamente indicado, resulta imperativo señalar que para el fiel respeto al ISN todas aquellas decisiones o determinaciones que se adopten en torno a los niños, deben adherirse rigurosamente a ciertos estándares. Esto es, que deben ser “motivadas y fundamentadas, debiendo aclarar y justificar los elementos que se consideraron para la motivación y adopción de la resolución, siendo fundamental proporcionar razones claras y detalladas sobre si estas favorecen o no el Interés Superior del Niño y, bajo este último supuesto, entregar una explicación plausible para tal curso de acción”.³³

2.2.4 Interés Superior Del Niño y Derecho a ser oído: su vínculo con la participación

A partir de la ratificación de la CDN en Chile, es posible señalar que se acepta un cambio de paradigma en la forma en que se visualiza a los NNA, pues se abandona la antigua idea donde eran concebidos como objetos de tutela y pasan a ser reconocidos como sujetos de derecho³⁴. A partir de esto, es posible señalar que al igual que cualquier otra persona los NNA gozan de derechos humanos, con el matiz de que, en su caso, cambia la forma en que deben ejercerlos para hacerlos efectivos.

Como se sostuvo en el acápite anterior, en los procedimientos jurisdiccionales existen ciertas directrices que, como suerte de piedra angular, deben de regir en la consecución de cada uno de ellos, como lo son el Derecho a ser escuchado y el ISN. No obstante, no es menos cierto que para que aquellos puedan hacerse valer de manera íntegra, es fundamental que, en primera instancia, los NNA accedan y participen activamente durante el proceso. Esto, pues sin una instancia habilitante para aquellos derechos, resulta complejo el efectivo recogimiento, comprensión e integración de aquellos en estas instancias. La posibilidad de que estos sujetos de derecho se involucren directamente en los procedimientos, dejando de manifiesto su interés y obteniendo las debidas consideraciones a sus opiniones promueve un sentido de autoestima y la capa-

³³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. [s.l.]: [s.n.], 2017. 99 p.

³⁴ ARAMBURU, Sofia. ¿Del enfoque tutelar al niño como sujeto de derechos? análisis de la concepción de niñez en los discursos legislativos. 2017. [consultado el 03, junio, 2024] Disponible en internet: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/148989/%C2%BFDel-enfoque-tutelar-al-ni%C3%B1o-como-sujeto-de-derechos-Analisis-de-la-concepcion-de-ni%C3%B1ez-en-los.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

cidad de influencia, fortalecida a través de un mayor entendimiento de la reciprocidad y la naturaleza colaborativa de la participación”³⁵. Frente a esta consideración, consideramos que el entrapar o imposibilitar la participación de los NNA no sólo deriva en procedimientos incompletos, sino que contraviene las garantías de aquellos sujetos de derecho. El que los NNA tengan la posibilidad efectiva de participar en asuntos que le conciernen, resulta esencial porque permite que durante el proceso se indague de manera más profunda y holística las circunstancias de hecho, que permite que las soluciones que deriven de instancias como la mediación, comprendan aspectos que resguarden efectivamente los derechos de aquellos.

A partir de aquello, se puede desprender que la participación e intervención de los NNA en todo tipo de procesos de relevancia jurídica es primordial, esto en la medida de que es un derecho fundamental que es habilitante para el ejercicio de otros derechos. Es en este mismo sentido, Seminario et al, señalan que el derecho a la participación tiene como finalidad “garantizar la vigencia efectiva de sus derechos en un proceso judicial.”

3. Participación de NNA en Mediaciones: el problema de la normativa Chilena

3.1 El estado de la mediación Familiar en Chile

La Mediación Familiar está contemplada de manera legal en la Ley N°19.968 en su Título V. Si bien este proceso puede iniciarse a petición de una de las partes o por derivación de un tribunal de familia, existen determinadas materias que están sujetas a una mediación obligatoria por el art. 106 de la Ley de Tribunales de Familia, siendo estas, conflictos sobre pensión de alimentos, relación directa y regular y cuidado personal, es decir, que previa presentación en tribunales tiene que someterse a un proceso de mediación³⁶. Los principales intervinientes de la mediación familiar son: las partes (miembros de la familia involucrados en el conflicto), el mediador o mediadora, profesional capacitado para conducir la mediación de forma imparcial, facilitando la comunicación

³⁵ UNICEF. Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes [en línea]. Santiago: [s.n.], 2022 [consultado el 25, mayo, 2024]. 9 p. Módulo 4. Disponible en Internet: <<https://www.unicef.org/chile/media/7031/file/Mod%204%20derecho%20participacion.pdf>>.

³⁶ CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, Ley n.º 19968 (2004b, 30 de agosto) (Chile). Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno, (37949). <https://www.leychile.cl/Navegar?id-Norma=229557> art. 106

entre las partes con requisitos como el poseer carrera universitaria, especialización en materias de infancia, entre otros³⁷ y, en ocasiones, abogados o abogadas que apoyan a las partes durante el proceso.

El proceso de la mediación obligatoria se desarrolla mediante una serie de sesiones en las que las partes se reúnen para llegar a un acuerdo, y en caso de verse efectivo, el mediador redacta un acta con estos términos, debiendo ser presentado ante un tribunal para que obtenga fuerza ejecutiva³⁸; de lo contrario si no se logra un acuerdo, pueden llevar su problemática a una instancia jurisdiccional. Entre los principios que deben tenerse presente en este proceso se encuentran la igualdad, voluntariedad³⁹, confidencialidad, Interés Superior del Niño, entre otros. Sin embargo, tal como veremos en los siguientes apartados, existen problemáticas en la forma en la que se ve consagrada la mediación y los principios asociados a ella.

3.2 Las insatisfacciones de la legislación chilena frente a la participación de los NNA

Es pertinente para estos efectos ilustrar el problema que surge a partir de la forma en que se materializa en la mediación familiar, que radica en el planteamiento normativo y la forma de entender la participación de este sujeto procesal en particular. Esto, en cuanto no establece directrices exigibles y unificadas sobre las cuales el mediador puede incorporar la participación del NNA en el proceso⁴⁰, dejando este elemento en incertidumbre, incidiendo de forma directa en la práctica que pretende proteger la normativa internacional destinada al efecto, como el Derecho a ser oído y al ISN.

³⁷ Resolución Exenta N°3094 de la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia de Chile Actualiza Convocatoria de Postulación al Registro de Mediadores, Aprueba Bases de Postulación y Deroga Resolución Exenta de Justicia N°2.933 de 2009

³⁸ CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, Ley n.° 19968 (2004b, 30 de agosto) (Chile). Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno, (37949). <https://www.leychile.cl/Navegar?id-Norma=229557> art. 111

³⁹ Cabe hacer una distinción al respecto, ya que, si bien se consagra este principio en la legislación chilena de la mediación, existe obligatoriedad de someter ciertos conflictos a mediación previa. Este principio se ve explicado por el art.105 letra b) que refiere que los participantes se podrán retirar en cualquier momento de la sesión de mediación, siendo voluntaria la presencia de las partes durante el mismo

⁴⁰ ESPINOZA, Elcila. Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación familiar en Chile a la luz de la Ley N° 21.430. En: CES Derecho [en línea]. Enero, 2024. vol. 15, no. 1, p. 19. Disponible en Internet: <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/7512/3879><<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/7512/3879>>.

Así, en la normativa nacional, se contempla el artículo 105 letra e) de la Ley 19.968⁴¹, regulando la participación de NNA, estableciendo:

e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación

De la lectura de dicha disposición es posible apreciar que recae sobre el mediador o mediadora la decisión de si el NNA deberá participar en la mediación y podrá ser oído, sin entregar otros criterios para tener en consideración ni definir cuándo se entiende que la presencia de estos sujetos es “estrictamente indispensable”. Esto es particularmente preocupante, puesto que es una de las pocas regulaciones que se refiere, a nivel nacional, a la participación de estos sujetos en estas instancias. De la revisión del Código de Ética de Mediadores, podemos advertir que su artículo 12⁴² hace referencia a la participación de los NNA en el proceso, y las actitudes que debe adoptar el mediador a la hora de abordar este mecanismo, considerando el hecho de que se toman decisiones que les vayan a afectar directamente. Es así como se señala que en su intervención el mediador promoverá la adecuada protección de sus derechos por medio de su participación, pero inmediatamente en el mismo artículo se señala que, en casos de participación de NNA en mediación, el mediador podrá convocarlos a ella para que expresen su opinión considerando su edad y madurez, aludiendo de esta forma a conceptos como la autonomía progresiva. Sin embargo, aún cuando se presenta la intención de que se debe garantizar la protección de sus derechos mediante su participación, esta se ve condicionada por la decisión del mediador, no contempla tampoco este medio normativo criterios específicos a quien dirige la instancia sobre los cuales se pueda incorporar de forma efectiva al NNA.

A este respecto, es importante considerar que la norma de la Ley 19.968 previamente citada, consagra los principios que regirán la mediación familiar y la labor del mediador a nivel legal. Tal como se planteó en el apartado anterior, esto toma especial relevancia al reconocerle a los NNA su calidad de sujeto procesal vulnerable, lo que implica que existen diversos factores que los ponen

⁴¹ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 26, mayo, 2024]. CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

⁴² Colegio de mediadores de Chile A.G. (2020b). Código de ética de la profesión mediadora. <https://colegiomediadores.cl/wp-content/uploads/2020/05/CODIGO-DE-ETICA-PROFESION-MEDIADORA.pdf>

en desventaja en cuanto a la posibilidad de participar en instancias judiciales (o extrajudiciales) y que sus pretensiones sean escuchadas⁴³, para lo cual deben prestarse determinadas medidas cuya inobservancia entra en pugna con los estándares internacionales que señalan este momento como una instancia en la que su participación es fundamental⁴⁴. La vulnerabilidad procesal de los NNA y la importancia de su participación en instancias como la mediación familiar-objeto de estudio de este trabajo-, imponen a los Estados y las autoridades un deber exacerbado de implementar las medidas y directrices necesarias para asegurar que sean considerados en la toma de decisiones, lo cual en este caso no se estaría cumpliendo al contar con la norma citada.

De esta manera, la disposición del art. 105 letra e) es problemática al no entregar los parámetros necesarios para la determinación de la necesidad de la participación de los NNA en la mediación y, en consecuencia, no se establecen los incentivos adecuados para materializar esta participación. Así, tal como identifica Ravetllat,⁴⁵ la determinación de qué es el interés superior y cómo se concreta queda sujeto muchas veces a prejuicios e ideas preconcebidas que pueden tener los y las mediadoras sobre las infancias y adolescencias, predominando en ese sentido, elementos adulto centristas que no toman en consideración de forma correcta el parecer del niño respecto a lo que está ocurriendo.

Por su parte, la ley 21.430, publicada y promulgada el año 2022 en Chile, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia⁴⁶, consagra tal como su nombre lo indica una serie de garantías y principios en relación a los NNA, que rigen tanto en el ámbito de las instituciones públicas como en relaciones privadas. Así, dentro de estos principios,

⁴³ Rodrigo-Moriche, M. P., & Vallejo, S. I. (2018). Nuevos horizontes de ocio y participación infantil: Construyendo desde los intereses y necesidades de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA). En A. Madariaga Ortúzar & A. Ponce de León Elizondo (Eds.), *Ocio y participación social en entornos comunitarios* (p. 216). Universidad de la Rioja.

⁴⁴ UNICEF. Op. cit., p. 7.

⁴⁵ RAVENTLLAT BALLESTÉ, Isaac. Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia: el niño,niña y adolescente como epicentro del sistema. En: Revista de derecho Universidad de Concepción [en línea]. 2020. vol. 88, no. 248 [consultado el 24, mayo, 2024], p. 311. Disponible en Internet: <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2020000200293>.

⁴⁶ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21.430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 24, mayo, 2024]. SOBRE GARANTÍAS Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?id-Norma=1173643>>.

derechos y garantías, se encuentra consagrado en el artículo 7 el ISN, el cual es definido en el mismo artículo como “un derecho, un principio y una norma de procedimiento”, estableciendo además que este rige en la toma de decisiones que afecten a los NNA. El mismo artículo 7 en su letra b identifica como circunstancia relevante para la determinación del Interés Superior del NNA, “la opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o estado afectivo”. Además de esto, en su artículo 28 consagra el Derecho a ser oído, el cual define como “derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo, con su edad, madurez y grado de desarrollo, en los procedimientos o actuaciones administrativas o judiciales en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pueda afectar sus derechos o intereses”. Reconoce esta ley, en su artículo 32, el Derecho a la participación, en todos aquellos asuntos que les conciernan o les afecten. Finalmente, el artículo 50 contempla explícitamente a los NNA las garantías del debido proceso, incluyendo expresamente entre estas nuevamente el Derecho a ser oído.

Así, desde el año 2022 Chile cuenta con legislación interna que regula el derecho de los NNA de participar y de ser oídos en todos los asuntos que les sean relevantes o que les afecten directamente, en términos que son coherentes con los estándares internacionales previamente expuestos. Así, las instituciones estatales y privadas se encuentran obligadas, tanto por la normativa internacional como nacional, a guiarse por estos estándares y derechos al momento de tomar decisiones que afecten a los NNA.

Sin embargo, se advierte una contradicción entre las normas de la CDN y la Ley N°21.430, las que pretenden resguardar las garantías de los NNA y asegurar su participación, y la normativa específica que rige en la mediación familiar. Puesto que, si bien existe una intención del Estado de poder materializarlos, no se presentan suficientes herramientas legislativas concretas sobre las cuales el mediador se vea compelido a incluirlos en el proceso, convirtiendo el establecimiento de esta normativa en una mera declaración de principios con deslindes inexactos, sin tener un correlato en la realidad práctica en el cómo el mediador introduce la participación del NNA⁴⁷. Afirmamos entonces que la

⁴⁷ Godoy, Y. (2022). Notas y reflexiones sobre el principio del interés superior en la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. En Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia. (p. 79). Tirant Lo Blanch. Citado por: ESPINOZA, Elcila. Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación familiar en Chile a la luz de la Ley N° 21.430. En: CES Derecho [en línea]. Enero, 2024. vol. 15, no. 1, p. 14. Disponible en Internet: <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/7512/3879><<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/7512/3879>>.

norma analizada, no es suficiente para garantizar el goce y ejercicio pleno de los derechos específicamente reconocidos a los NNA, pues contravendría no solo los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile sino también la propia normativa interna promulgada recientemente.

Primeramente, el Derecho a ser oído, si bien tiene un marco internacional ya enunciado en el apartado anterior, corresponde hacer un análisis de la normativa objeto de esta investigación a la luz de este estándar. Hay que considerar que este derecho, según cierta doctrina, corresponde a una arista del debido proceso. Así se ha sostenido que corresponde a la concreción de un derecho a la defensa⁴⁸, en el sentido de que el NNA pueda participar en la toma de decisiones en las que puede verse afectado directamente, incluso se ha referido que pueda tener injerencia en decisiones consideradas de “mero trámite”⁴⁹. Trasladando esta postura hacia la mediación propiamente tal, la legislación destinada a establecer los parámetros de la participación de NNA en mediación, debe permitir la efectiva concreción de este derecho de modo tal que el NNA pueda intervenir activamente en el proceso, cuya decisión final interfiere con lo que es el desarrollo de su vida regular. Así, la redacción de la normativa de la Ley de Tribunales de Familia, no establece las formas en la que este podrá ser escuchado, habiendo incertidumbre en la concreción de este derecho, debiendo configurarse la causal de “ser estrictamente indispensable su presencia para el desarrollo de la mediación”, siendo esta falta de certeza especialmente problemática a la hora de concretar el derecho⁵⁰. Bajo este respecto se ha dicho que los legisladores probablemente consideraron esta prevención debido a que esto no era una instancia jurisdiccional⁵¹. De ser este el caso, claramente va en contra de lo que establecen los estándares internacionales que versan sobre este derecho, habiendo dejado en claro que este derecho a ser oído debe ser concretado en instancias similares a la jurisdiccional, como lo es la mediación y la conciliación, siendo estas instancias de las cuales puede terminar en una decisión exigible en otros escenarios. Siguiendo esta línea argumentativa, no se

⁴⁸ Couso, J. (2006). El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. *Revista de Derechos del Niño*, (3 y 4), p. 158.

⁴⁹ Ibid. p. 158

⁵⁰ Vaghri, Z., Zermatten, J., Lansdown, G., & Ruggiero, R. (Eds.). (2022). *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child*. Springer International Publishing. p. 46 <https://doi.org/10.1007/978-3-030-84647-3>

⁵¹ Carretta Muñoz, F. (2018). EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LA JUSTICIA DE FAMILIA: LA ESENCIALIDAD DEL DERECHO VERSUS LA ESENCIALIDAD DEL TRÁMITE DE LA AUDIENCIA CONFIDENCIAL. *Revista chilena de derecho*, 45(2), p.410. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372018000200407>

entiende el hecho de que se pueda privilegiar o normar ciertas instancias y no otras que puedan tener los mismos efectos vinculantes para el niño.

La participación del NNA en la mediación es reconocido por el propio legislador en la redacción de la norma así, que el título del art. 105 letra e) es “Interés Superior del Niño”. Teniendo esto en consideración, dentro de la misma Ley N°19.968 se define lo que es este concepto en su artículo 16⁵².

Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

Sin embargo, llama la atención que dentro de la redacción que supone el artículo, que reconoce su vinculación con el derecho a ser oído, este restringe su exigibilidad al Juez de Familia, no habiendo así una concordancia con los principios enumerados para la mediación, que si bien reconoce el principio antes mencionado, no traduce la exigibilidad del derecho que puede hacerlo efectivo y resulta ser una de sus manifestaciones. Así, existe una radical diferencia entre ambos artículos que se refieren al mismo principio, siendo esta el nivel de exigibilidad y de detalle que presenta en el ámbito jurisdiccional, que tiene sentido considerando lo postulado anteriormente que refiere a que el hecho de que esté redactado de forma tal que le entrega mayor libertad al mediador y mayores restricciones en el ámbito de tribunales, elemento que no se explica dada la instrucción internacional.

Por otro lado, el Interés Superior del Niño debe ser entendido en consonancia con la configuración que establece la Observación General N°14, siendo este principio uno de consideración primordial en instancia de equivalencia jurisdiccional, como lo son la mediación, el arbitraje o la conciliación⁵³ Es decir,

⁵² CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, Ley n.º 19968 (2004, 30 de agosto) (Chile). Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno, (37949). <https://www.leychile.cl/Navegar?id-Norma=229557>

⁵³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Ginebra: [s.n.], 2013. 3 p. Observación General N°14.

que también debe aplicarse en el proceso objeto de estudio. Así, es relevante además explicitar la relación entre este principio, el Interés Superior del Niño, y el derecho previamente explicado, el derecho a ser oído.

A este respecto, el derecho a ser oído se presenta como una forma en que el Interés Superior del Niño pueda ser garantizado, es decir, uno de los indicadores para determinar que se han asegurado y respetado al máximo los derechos del NNA involucrado es habiendo permitido expresar su parecer respecto a circunstancias que le afectan. Por otro lado, retomando el Interés Superior del Niño como aquel que se respeta al garantizar los distintos derechos reconocidos a los NNA, es menester para que este principio se cumpla el garantizar, entre otros derechos, el derecho a ser oído. Así, aunque pueda parecer circular, existe una interrelación entre ambas garantías.

De lo expuesto previamente, podemos dar respuesta a nuestra interrogante inicial. La redacción del artículo 105 letra e) de la ley 19.968 no da un cabal cumplimiento de los estándares citados respecto a la participación de los NNA en mediación familiar, debido a que no se consagra de forma efectiva la participación de los NNA, sino que se deja a criterio del mediador o mediadora el determinar cuándo será necesaria, sin otorgar lineamientos ni principios orientadores, y sin que le sean exigibles los mismos deberes que al juez o jueza, sobre todo en lo respectivo al derecho a ser oído.

Destacamos la importancia de la participación de los NNA en estas oportunidades, y los beneficios que ésta presenta, para entender la exigencia de cumplimiento de los estándares en esta materia. Espinoza⁵⁴ asegura que mediante la participación activa del NNA y la comunicación fluida, este podrá sentirse parte de los acuerdos y las decisiones, cooperar con el cumplimiento de estos y se evitará, dentro de lo posible, el daño a sus intereses y derechos.

4. Recomendaciones para implementar en los sistemas de justicia

Ante estas deficiencias, basándonos además en la metodología empleada para efectos de desarrollar nuestro análisis, es que como equipo investigativo proponemos que en instancias tales como la mediación familiar, de manera imperativa, se considere a los NNA como parte principal, ya que como establece

⁵⁴ ESPINOZA ORTEGA, Elcila. Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación familiar en Chile a la luz de la Ley N° 21.430 | CES Derecho. Revistas Científicas Universidad CES [página web]. (01, abril, 2024). [Consultado el 14, junio, 2024]. Disponible en Internet: <<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/7512>>. pp. 46-47

Romer⁵⁵, la mediación es un acuerdo que mayormente se basa en favorecer el desarrollo personal de los NNA. Es por esto que las presentes recomendaciones se proponen desde la consideración de los niños, niñas y adolescentes como partes principales del proceso.

En primer lugar y como recomendación de carácter esencial, es necesario que la acuerdo final que derive de la instancia de mediación, en el caso de que las partes lleguen a este, sea fundamentado y que todo el desarrollo de este proceso se lleve a cabo con un lenguaje claro⁵⁶. Esto permite que todos los involucrados en el proceso puedan comprender a cabalidad los actos que lo componen, lo que toma vital importancia, a la hora de trabajar con NNA

En segundo lugar, las Observaciones Generales N°12 y N°14 que surgen a partir de la interpretación de los artículos 3 y 12 de la Convención de Derechos del Niño por parte del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas contienen múltiples recomendaciones a los Estados partes para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos consagrados

En función de que se garantice el pleno respeto del derecho a ser oído para los NNA, la Observación General N°12 propone recomendaciones para que, en definitiva, aquel no quede facultativamente relegado a un segundo plano. Entre aquellas, el Comité sugiere que se reconozcan las formas no verbales de la comunicación, entre las cuales se encuentra comprendida el dibujo, el juego y la expresión corporal⁵⁷. Junto con ello, señala que basta con que el NNA envuelto en el conflicto sea capaz de formarse su juicio propio respecto de las circunstancias que lo rodean⁵⁸. En la misma línea, se les impone a los Estados la obligación de que este derecho sea efectivamente respetado sobre todo en aquellos que presentan dificultades para dar a conocer su opinión, independientemente de su raza, religión, condición de discapacidad, sexo o situación migratoria⁵⁹. Finalmente, se plantea que los Estados deben tener especial consideración sobre el impacto que el ejercicio de este derecho puede tener en víctimas de delitos tales como violencia, abusos e incluso violación,

⁵⁵ Romero, J. (2016). El Papel Que Ocupan Los Menores En La Mediación Familiar [Tesis de Master inédita]. Universidad de Valladolid.

⁵⁶ Entiendase “lenguaje claro” en el sentido de que la mediación debe ser llevada a cabo con un lenguaje que permita la participación de niños, niñas y adolescentes. Para aquello se deben emplear palabras simples, adaptadas a la edad de los niños, niñas y adolescentes, con explicaciones claras y ejemplos concretos, entre otros posibles recursos que faciliten la comprensión total del proceso.

⁵⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. cit., p. 9.

⁵⁸ Ibid. p. 10

⁵⁹ Ibid.

por aquello, deben garantizar que este se efectue en conjunto con las medidas necesarias para la protección del NNA.⁶⁰

En la misma línea, la Observación General N°14, a partir de la interpretación del artículo 3 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial sugiere, en primer lugar, que los Estados partes respeten y pongan en práctica el Interés superior del niño, adoptando las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer valer efectivamente este derecho.⁶¹ Además, se consagra la obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y la legislación relacionadas con los niños, consagren de forma patente que el interés superior del niño ha sido una consideración primordial; esto incluye explicar su examinación y evaluar la importancia que se le ha dado en la decisión⁶². Finalmente, se señala que los Estados tienen el deber de reconocer a los niños como titulares de derechos⁶³.

Por otro lado, en Chile, los requisitos para postular al registro de mediadores familiares son indulgentes⁶⁴. No existen lineamientos estandarizados respecto a los contenidos ni a los enfoques que el mediador debe manejar. Es esencial elevar el estándar de capacitación y los requisitos para los mediadores, sobre todo, considerando que si bien la mediación es un método alternativo de resolución de conflictos, en el caso tratado, es prejudicial y obligatoria.

Conclusiones

Como se ha dejado de manifiesto, el sistema judicial en Chile, específicamente el artículo 105 letra E de la Ley N° 19.968, presenta falencias en torno a materias de infancia, sobre todo al tratar de incorporar a dichos sujetos procesales en etapas tan relevantes como resulta la mediación familiar, existiendo una completa ausencia de criterios concretos por parte de la ley para que el mediador pueda establecer la indispensabilidad de los NNA. Es imperativo, como se planteó anteriormente, que los derechos abordados como el ser oído y el interés superior de los NNA no se tomen como simples sugerencias para los Estados parte de las múltiples convenciones que los contienen, sino que efec-

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. cit., p. 3.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid. p. 4

⁶⁴ Se exige esencialmente; tener título profesional de cualquier carrera con al menos 4 años de duración, tener un título de mediación y especialización en familia, impartido por una institución, universidad o instituto con a lo menos 180 horas teóricas y 40 horas prácticas y no estar condenado a delito que merezca pena efectiva

tivamente debe materializarse en un compromiso fidedigno en el respeto de dichas garantías, pues si bien aquellos se encuentran mencionados en nuestro ordenamiento, se carece de cualquier tipo de herramienta legislativa ante la cual concurrir que asegure la participación de los NNA en los procedimientos y exigirles, en definitiva, a los mediadores que incorporen y fundamenten en sus decisiones los derechos anteriormente mencionados.

En consecuencia de aquello, el desafío que hoy enfrentamos consiste en superar las barreras de la formalidad y trabajar de manera urgente, en la transformación del sistema jurisdiccional chileno para que esté dotado y lo suficientemente consolidado en materia de infancia y adolescencia en torno a los procedimientos de mediación, de manera tal que aquellos sujetos que necesitan de una protección especializada por parte del cuerpo normativo en su totalidad, tengan la seguridad de que sus intervenciones estarán garantizadas y que los acuerdos que deriven de aquellas instancias de manera obligatoria deberán comprender aquellas opiniones, dejando de lado las concepciones adultocéntricas que históricamente han predominado en el sistema legislativo chileno. Si como sociedad queremos pensar en el futuro de la administración de justicia y la resolución de conflictos, primeramente, debemos hacernos cargo de las pugnas que se encuentran vigentes al día de hoy. El enfoque que como equipo planteamos no solo fortalecerá la transparencia y la efectividad del sistema judicial, sino que también promoverá un entorno más justo y equitativo para todos los involucrados.

Bibliografía

- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). Tratado de Derecho Civil.
- ARAMBURU, S. ¿Del Enfoque Tutelar Al Niño Como Sujeto de Derechos? Análisis de la Concepción de la Niñez en los Discursos Legislativos. Tesis para optar al grado de magíster en gestión y políticas públicas. Santiago: Universidad de Chile, 2017.
- AVENDAÑO LEYTON, I. A. La mediación como requisito de procesabilidad, una mirada crítica de tal exigencia. En: Justicia & Derecho. 2020.
- BÉCAR, E. El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y el derecho interno. En: Actualidad Jurídica. 2020. n.º 42, p. 529.
- BLANCO, M. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Editorial Reus. Citado por: ILERA, M.D.J (2022). Conflicto, derecho y mecanismos alternativos. En: Revista Ius et Praxis. 2009. vol.1, p. 249.

- CARRETERO, E. La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Las ventajas de los MASC. En: Revista EMERJ. 2018. vol. 20, no. 3
- CARRETTA MUÑOZ, F. El Derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. (2018) En: Revista chilena de derecho [en línea]. Mayo, 2018. vol. 45, no. 2, p. 410.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: Naciones Unidas; 2009. Observación general N°12.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Ginebra: Naciones Unidas; 2013. Observación General N°14.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 2017.
- COUSO, J. El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. En: Revista de Derechos Del Niño. 2006. no. 3 y 4, p. 158.
- DÍAZ GUDE, A. Mecanismos Colaborativos: nuevos paradigmas y rol de juez En: ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. 2020.
- ERLANGER, H. S., CHAMBLISS, E., & MELLI, M. S. Participation and Flexibility in Informal Processes: Cautions from the Divorce Context. En: Law & Society Review. 1987. vol. 2, no. 4, p. 585.
- ESPINOZA, Elcila. Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación familiar en Chile a la luz de la Ley N° 21.430. En: CES Derecho. Enero, 2024. vol. 15, no. 1, p. 19.
- FEINBERG, K . R,. Mediation-A preffered Method of Dispute Resolution. En: Pepperdine Law Review. 1989. vol. 16, no. 5 artículo 2.
- GARCIA, R. (2002) Aproximación a los mecanismos de resolución de conflictos en América Latina. El otro derecho (26-27)
- GÓMEZ, M. Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derecho. Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derecho. En: Revista de Derecho. 2018. vol. 18, p. 11.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. (2014) Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y Testigos en Procesos Judiciales. Informe Anual 2014 p.139

- LATHROP GÓMEZ, F. La Protección Especial De Derechos De Niños, Niñas y Adolescentes en el Derecho Chileno. En: Revista chilena de derecho privado. 2014. vol. 22, pp. 197–229.
- PARRA-SEPÚLVEDA, D., OLIVARES-VANETTI, A., & RIESCO-MENDOZA, C. La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria. En: Revista de derecho. 2018. vol. 86, no. 243, pp. 130-131.
- RAVENTLLAT BALLESTÉ, I. Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia: el niño,niña y adolescente como epicentro del sistema. En: Revista de derecho Universidad de Concepción. 2020. vol. 88, no. 248, pp. 293-324.
- RODRIGO-MORICHE, M. P., & VALLEJO, S. I. Nuevos horizontes de ocio y participación infantil: Construyendo desde los intereses y necesidades de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA). En A. Madariaga Ortúzar & A. Ponce de León Elizondo (Eds.), Ocio y participación social en entornos comunitarios, Universidad de La Rioja. 2018. p. 216.
- ROMERO, J. El Papel Que Ocupan Los Menores En La Mediación Familiar. Trabajo fin de Máster. Segovia: Universidad de Valladolid. 2016. 34 p.
- UNICEF. Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes. Santiago: UNICEF; 2022. Módulo 4.
- UNICEF. (s.f.). El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos (Documento de trabajo N°2). Recuperado de <https://www.unicef.org/chile/media/6581/file/derecho%20a%20ser%20oid%20o.pdf>.
- VADO, L. O (s.f) Medios Alternativos de resolución de conflictos. Disponible en Internet: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/7nuevo.pdf>
- VAGHRI, Z., ZERMATTEN, J., LANSDOWN, G., & RUGGIERO, R. (Eds.). (2022). Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child. Springer International Publishing.
- VARGAS, M., CASAS, L., & AZÓCAR, M.J (2008). Mediación Familiar y Género: Informe elaborado para el Servicio Nacional de la Mujer y la Fundación de la Familia. Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad Diego Portales
- VARGAS, M. & FUENTES, C. Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones. DER Ediciones. 2018. ISBN: 978-956-405-178-9
- VARGAS, M & CORREA, P. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. no. 1 , p. 185.
- VARGAS VACA, H. Participación de los ciudadanos en gestión de conflictos. En: Revista Derecho del Estado. 2013. vol. 31.

Normativa

CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21.430. (6, marzo, 2022). Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203.

CHILE. MINISTERIO DE SALUD. Ley 19.966. (25, agosto, 2004).

Establece un régimen de garantías en salud. Diario Oficial. 3, septiembre, 2004.

CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19.968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 26, mayo, 2024]. CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30 de agosto, 2004. no. 37949.

CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Resolución Exenta N°3094. (14, septiembre, 2014). Actualiza Convocatoria de Postulación al Registro de Mediadores, Aprueba Bases de Postulación y Deroga Resolución Exenta de Justicia N°2.933 de 2009. 2014.

COLEGIO DE MEDIADORES DE CHILE A.G. (2005). Código de Ética de la Profesión Mediadora.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). (1959). Declaración de los Derechos del Niño.

Jurisprudencia

Corte Suprema, Cuarta sala, Rol de ingreso n° 25409-2014, 20 de abril de 2015