
MEDIACIÓN FAMILIAR Y SUS RECAUDOS

FAMILY MEDIATION AND IT'S REQUIREMENTS

MEDIAÇÃO FAMILIAR E SEUS REQUISITOS

YASNA ELIZABETH OTÁROLA ESPINOZA

Subdirectora de Doctorado, Universidad de los Andes, Chile. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogada por la Universidad de Talca, Chile. E-mail: yotarola@uandes.cl

JOSÉ TOMÁS ERRÁZURIZ JOTTAR

Estudiante de último año de Derecho, Universidad de los Andes, Chile. E-mail: jterrazuriz@miuandes.cl

RESUMEN

Objetivo: el artículo analiza la conveniencia de incluir a los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de mediación, a la luz de los principios y derechos que informan esta materia en la legislación chilena vigente, tales como el principio del interés superior del niño o derecho del niño a ser oído. Asimismo, aborda la introducción del procedimiento de mediación en la legislación chilena, y los valores que la inspiran, junto con mostrar con abundante doctrina y jurisprudencia que la intervención de los niños, niñas y adolescentes en el procedimiento de mediación es compatible, recomendable y deseable en este contexto. Se hace presente también que, en el esfuerzo por incluir su participación, el mediador debe evitar una sobreexposición indebida del niño, niña o adolescente.

Metodología: el método utilizado es deductivo, por medio de un abordaje bibliográfica e documental, a través de la lectura de libros y artículos científicos en periódicos especializados y también por revisión de la legislación y jurisprudencia.



Resultados: los resultados muestran que la intervención de los niños, niñas y adolescentes en el proceso de mediación contribuye favorablemente al respeto por su calidad de sujetos de derechos que deben ser oídos, y cuyos intereses deben ser especialmente considerados; además de contar con la participación de quienes se verán afectados en mayor medida por los resultados de la mediación.

Contribuciones: su principal contribución es orientar una adecuada intervención de los niños, niñas y adolescentes en el proceso de mediación chileno, fomentando su participación por las múltiples ventajas que ello conlleva, aunque con los debidos resguardos que necesariamente deben tomarse para evitar su sobreexposición en materias delicadas.

Palabras Clave: Mediación; niños, niñas y adolescentes; derecho a ser oído; Aspectos legales.

ABSTRACT

Objective: *the article analyzes the convenience of including children and adolescents in mediation procedures, in light of the principles and rights that inform this matter in current Chilean legislation, such as the principle of the best interests of the child or the right of the child. child to be heard. Likewise, it addresses the introduction of the mediation procedure in Chilean legislation, and the values that inspire it, along with showing with abundant doctrine and jurisprudence that the intervention of children and adolescents in the mediation procedure is compatible, recommended and desirable. in this context. It is also noted that, in an effort to include their participation, the mediator must avoid undue overexposure of the child or adolescent.*

Methodology: *The method used is deductive, through a bibliographic and documentary approach, by way of reading books and scientific articles in specialized newspapers and also by reviewing the legislation and jurisprudence.*

Results: *the results show that the intervention of children and adolescents in the mediation process contributes favorably to respect for their quality as subjects of rights who must be heard, and whose interests must be especially considered; in addition to having the participation of those who will be affected to a greater extent by the results of the mediation.*

Contributions: *its main contribution is to guide an adequate intervention of children and adolescents in the Chilean mediation process, encouraging their participation due to the multiple advantages that this entails, although with the due safeguards that must necessarily be taken to avoid their overexposure in sensitive matters.*

Keywords: *Mediation; children and adolescents; right to be heard; legal aspects.*



RESUMO

Objetivo: o artigo analisa a conveniência de incluir crianças e adolescentes nos procedimentos de mediação à luz dos princípios e direitos que norteiam o assunto na legislação chilena vigente, como o princípio do interesse superior da criança ou o direito da criança. ser ouvido. Da mesma forma, aborda a introdução do procedimento de mediação na legislação chilena e os valores que o inspiram, além de mostrar com abundante doutrina e jurisprudência que a intervenção de crianças e adolescentes no procedimento de mediação é compatível, recomendada e desejável neste contexto. Observa-se também que, não esforço de incluir a sua participação, o mediador deve evitar a exposição excessiva de crianças ou adolescentes.

Metodologia: o método utilizado é dedutivo, por meio de uma abordagem bibliográfica e documental, através da leitura de livros e artigos científicos em revistas especializadas e também através da revisão da legislação e jurisprudência.

Resultados: os resultados mostram que a intervenção de crianças e adolescentes no processo de mediação contribui favoravelmente para o respeito à sua qualidade como sujeitos de direitos que devem ser ouvidos e cujos interesses devem ser especialmente considerados; além de contar com a participação daqueles que serão mais afetados pelos resultados da mediação.

Contribuições: sua principal contribuição é orientar uma intervenção adequada das crianças e adolescentes no processo de mediação chileno, estimulando sua participação pelas múltiplas vantagens que isso acarreta, embora com as devidas salvaguardas que devem necessariamente ser tomadas para evitar sua superexposição em assuntos delicados.

Palavras-chave: Mediação; crianças e adolescentes; direito a ser ouvido; aspectos legais.

1 INTRODUCCIÓN

La mediación familiar es un mecanismo de resolución de controversias por medio del cual es posible evitar los costes económicos y emocionales asociados a un proceso judicial. Las decisiones tomadas por las partes en un proceso de esta naturaleza afectan a toda la familia, padres e hijos. En ese sentido, el ordenamiento chileno contempla la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes (NNA) sean escuchados “pudiendo citarlos solo si su presencia es estrictamente indispensable



para el desarrollo de la mediación”;¹ todo ello considerando el interés superior del niño, el derecho a ser oído y el principio de autonomía progresiva.

De ahí que el problema investigativo que se intentará resolver es si la participación de los NNA es o no recomendable para que las partes dialoguen y lleguen a una solución consensuada, de modo que debería citarse siempre y el niño decidir si quiere asistir. Y en el evento de ser así, cuáles serían las providencias o recaudos que es necesario adoptar.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en nuestro sistema la Ley de Tribunales de Familia acentúa la preponderancia de los padres en torno a los acuerdos, debido a que el NNA solo en casos muy excepcionales podrá participar de manera autónoma en el proceso de mediación. Incluso, podría apreciarse una transgresión al derecho a ser oído, pues diversas normas establecen el deber de escuchar, al punto que la Corte Suprema considera que es un trámite esencial cuya ausencia podría llegar a determinar la nulidad de todo lo obrado en el proceso. De modo que no puede aceptar que el NNA se encuentre imposibilitado de decidir autónomamente si va a ejercer el derecho a ser escuchado o no.

La participación de los niños en el proceso de mediación ayuda a vislumbrar caminos diversos en cuanto a la orientación de los padres en la toma de sus decisiones, quienes se verán informados de primera mano de las consecuencias que sus decisiones puedan tener en el ámbito de afectación de los intereses de los niños que estén bajo su cuidado. En ese empeño habrá que evaluar las capacidades y potencialidades de los NNA en aquellas situaciones judiciales en que se encuentren debatiendo acerca del futuro y desarrollo integral de sí mismos; en la perspectiva de ir avanzando en la búsqueda de criterios que permitan a los adultos incorporar la participación activa de la infancia y adolescencia en dichos procesos. El derecho del niño a ser oído debe coexistir con otros mecanismos que resguarden intereses igualmente relevantes, tales como una fragilidad emocional, una discapacidad física o intelectual, entre otras. De ahí que la intervención del NNA pueda ser llevada a

¹ Artículo 105, Ley N° 19.968, 2004. Chile.



cabo con el mismo, o por intermedio de adultos responsables (e.g. terapeutas, psicólogos, etc).

Por este motivo, en estas páginas se indaga sobre la aplicación y efectividad de la intervención de los niños en la mediación, para responder a preguntas sobre si es recomendable o no su participación y cuáles son los resguardos que se deben tomar.

Para ello, se definieron como materias objeto del estudio el valor de la mediación; la participación de NNA y las condiciones que permiten o facilitan su intervención en la mediación.

En el estudio y desarrollo de la investigación se utilizaron diversas fuentes documentales, sentencias de los tribunales superiores de justicia, doctrina chilena y comparada, entre otros.

De esta forma, se obtendrán como resultado las prevenciones que se deben tomar, considerando el derecho a ser oído y el bienestar de NNA.

2 LA INTRODUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO

La Ley n.º 19.968, que creó los Tribunales de Familia en 2004, tuvo en cuenta entre sus objetivos instituir un procedimiento que otorgara preponderancia a las soluciones no adversariales del conflicto familiar, debido a que por su naturaleza requiere de soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto. Por esta razón, considero que la inclusión de la mediación podría ser la forma de propiciar soluciones autocompositivas en las que las propias partes por sí mismas, sin imposición de un tercero, favorecerán los puntos de encuentro y una solución al conflicto². En consecuencia, la mediación se

² Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia. Santiago de Chile, noviembre 3 de 1997. Mensaje n.º 81-336.



concibió como una forma de abordar los problemas de familia, según acredita su definición 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 acuerdos³.

Posteriormente, en 2006, se proponen modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley n.º 19.968, debido a que la implementación evidenció, entre otros, que la mediación no fue considerada dentro de las posibilidades reales de solución, por lo que sus resultados cuantitativos esperados estaban muy lejos de la realidad. Se pensó que esto se debía al desconocimiento de sus reales ventajas y también a las características de su diseño, en términos de que la hacía facultativa en todas las materias en que es procedente, dentro de un procedimiento judicial ya iniciado⁴.

En consecuencia, para cumplir con el ideal de justicia temprana, accesible, directa y colaborativa, se establecen, en lo que a esta investigación incumben, los principios que informan la mediación: voluntariedad para participar en el proceso; igualdad entre las partes; imparcialidad; interés superior del niño, niña o adolescente; confidencialidad de la información.

En esa perspectiva, se deposita en el mediador la responsabilidad de velar por que estos principios se cumplan en los términos indicados. Así, respecto de la igualdad, el mediador debe cerciorarse de que los participantes se encuentren en identidad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propone o adopta, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declara terminada la mediación. Nótese que la inclusión de los NNA en el proceso de mediación es la consecuencia lógica y natural de este principio.

En relación con la voluntariedad, establece que las partes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión o durante el

³ Artículo 103 de la Ley n.º 19.968, de 2004. Chile.

⁴ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia. Santiago de Chile, noviembre 3 de 1997. Mensaje n.º 81-336.



procedimiento, alguno de los participantes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, el mediador debe darla por terminada.

En todo caso, creemos que el derecho de las partes a retirarse de la mediación podría quedar sujeto al interés superior del NNA. Así, si del retiro de la mediación y del inicio de las acciones legales se verán involucrados los intereses de los NNA, este derecho debiera limitarse en función de lo anterior. Piénsese, por ejemplo, en un adolescente que no tiene interés en modificar su residencia con uno de los progenitores, y el progenitor no custodio insiste en iniciar acciones relativas al cuidado personal en un contexto de mediación. Se observa que en tal caso las acciones judiciales tendrán por efecto la sobreexposición de los NNA a pericias, entrevistas de toda índole, que a la postre terminan por desestimar la acción y causar un perjuicio en el proceso. En tal caso, la solución pasa por un acuerdo que pueda satisfacer parcialmente la pretensión del progenitor no custodio sin vulnerar el interés superior del NNA.

La voluntariedad también cobra importancia al momento de introducir la participación de menores de edad en un proceso de mediación. Dependerá principalmente de su grado de madurez. Pudiera incluso ocurrir que un NNA tuviera algún grado de discapacidad. El curador *ad litem* lo designa el juez para efectos de representar al menor en los litigios de familia, pero ¿qué ocurre cuando se da en un contexto extrajudicial, como es el caso de la mediación? En tal caso el menor no es oído. Pensamos que debiera extenderse la figura del curador no solamente a un contexto judicial, sino también extrajudicial. Esto implica atribuir la competencia para nombrarlo no solo al juez, sino también al mediador a cargo de la mediación. Así como los mediadores deben constar en un registro especial, también podría diseñarse un registro distinto para los curadores que le sirvan de apoyo en caso de intervenir NNA con algún grado de discapacidad física o mental.

En lo que toca al principio de igualdad, la desigualdad etaria presente en los procesos de mediación cuando hay NNA debe suplirse por mecanismos de apoyo donde intervengan adultos que tengan vinculación con los mismos (e.g. terapeutas, profesores, entre otros).



En cuanto a la confidencialidad, el mediador debe guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación. La violación de dicha reserva es sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal chileno. Nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación puede invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo. Con todo, el mediador queda exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de niños, niñas, adolescentes o discapacitados. En todo caso, debe dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención.

Desde otro punto de vista, cuando intervienen NNA la confidencialidad debe ser vista de otra óptica. En efecto, la voluntad manifestada del NNA en el proceso de mediación podría ser resguardada a través de audiencias confidenciales y reservadas incluso respecto de sus propios padres. Con ello se pretende evitar que los menores sean presionados, influenciados o triangulados por sus progenitores.

Sobre la imparcialidad, debe abstenerse de promover actuaciones que comprometan esta condición. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, el mediador debe rechazar el caso. En cuanto a las opiniones de terceros, la ley acusa la posibilidad de citarlos.

Por último, el mediador debe velar para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, pudiendo notificarlos solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación⁵.

Adicionalmente, y no obstante que la mediación es voluntaria, contempla una instancia obligatoria previa a demandar por alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, ya que se pretende que las partes intenten solucionar sus conflictos por sí mismos y evitar ir a juicio (Paredes, 2014, p. 204). En este punto debemos hacer una precisión. Además de la mediación voluntaria y obligatoria, está la mediación prohibida en materias tales como las medidas de protección en favor de NNA que involucran una vulneración grave de derechos, así como también en acciones de violencia intrafamiliar. Sin embargo, debe notarse que la prohibición se

⁵ Artículo 105 de la Ley N° 19.968, de 2004. Chile.



extiende a la materia que es objeto de la mediación, y en ningún caso a las soluciones o posibles remedios que tienden a solucionar el conflicto. Dicho de otro modo, a través de una mediación no podría aceptarse el ejercicio de actos de violencia o la práctica de actos vulneratorios graves a los derechos de la infancia o de la adolescencia. Sin embargo, una correcta inteligencia en este punto debiera llevar a extender el proceso de mediación en contextos como estos, en que las soluciones pueden abordarse desde ámbitos terapéuticos, psicológicos, entre otros. Es usual que se confundan estos dos conceptos, y se niegue injustificadamente la procedencia de la mediación en las materias antes referidas.

Desde la promulgación de estas normas, las familias chilenas han comenzado a someterse a mediación, en unas ocasiones espontáneamente y en otras inevitablemente. Los datos indican que en 2010 ingresaron 73.651 causas a proceso de mediación desde el tribunal, 33.846 desde la Corporación de Asistencia Judicial y 68.085 de forma espontánea; en 2011 ingresaron 70.293 causas a proceso de mediación desde el tribunal, 24.553 desde la Corporación de Asistencia Judicial y 98.324 de forma espontánea; en 2012 ingresaron 68.936 causas a proceso de mediación desde el tribunal, 18.263 desde la Corporación de Asistencia Judicial y 123.267 de forma espontánea; en 2013 ingresaron 70.003 desde el tribunal, 16.455 desde la Corporación de Asistencia Judicial y 135.023 de forma espontánea; en 2014 ingresaron 69.742 desde el tribunal, 18.766 desde la Corporación de Asistencia Judicial y 142.501 de forma espontánea; en 2015 ingresaron 75.231 desde el tribunal, 17.584 desde la Corporación de Asistencia Judicial y 148.252 de forma espontánea; en 2016 ingresaron 70.677 desde el tribunal, 13.995 desde la Corporación de Asistencia Judicial, 149.454 de forma espontánea y 5.265 espontáneas vía web; en 2017 ingresaron 40.471 desde el tribunal, 12.515 desde la Corporación de Asistencia Judicial, 147.574 espontáneas y 45.233 voluntarias vía web. Finalmente, en 2018 ingresaron 24.352 causas a



mediación desde el tribunal, 12.480 por la Corporación de Asistencia Judicial, 166.419 causas espontáneas y 45.107 voluntarias por medio de la web⁶.

Como se puede observar, las cifras demuestran una disminución de las causas en las que el tribunal ha enviado a las partes a mediación y un aumento importante en las solicitudes de mediación iniciadas *motu proprio*, ya sea de forma personal o por medios electrónicos. Esta situación enseña que, en varios casos, es posible construir soluciones de común acuerdo, pues muchas familias chilenas han decidido intentar pasar de la justicia de tribunales a la solución del caso específico que se obtiene mediante el acuerdo y la flexibilidad del diálogo entre las partes, con la asistencia de un tercero, para arribar equitativamente a la solución que debe regir sus relaciones familiares concretas.

Así, la utilización de la mediación permite aventurar que varios chilenos poco a poco confían en que es posible salir de las crisis familiares sin que la incapacidad de diálogo conduzca a la heterotutela, pues a través de esta generalmente solo se obtiene una justicia más tardía, rígida, basada en criterios abstractos y generales que casi nunca darán una satisfacción propia y flexible para los integrantes de la familia, como lo hace la mediación.

3 EL VALOR DE LA MEDIACIÓN

La mediación comienza a aplicarse profesionalmente desde mediados del siglo XX, guiada por la búsqueda de nuevos instrumentos para resolver situaciones de enfrentamientos, que proporcionen una mayor participación activa en la resolución de conflictos a las personas (Miranzo de Mateo, 2010, p. 9). En tanto, a Chile llega a inicios de la década de los 90, de la mano de una serie de reformas a la administración de justicia destinadas a su modernización (Díaz, 2010, p. 4).

⁶ Causas ingresadas al sistema de mediación familiar. Disponible en: https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/media/2019/07/Causas_Ingr_SNMF2010_2018.pdf



Según la Real Academia Española, la mediación dice relación con: “Procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos en el que interviene un mediador para tratar de aproximar los puntos de vista de las partes en conflicto de modo que les permita alcanzar un acuerdo”. El concepto de mediación encierra numerosas acepciones que engloban habitualmente una serie de elementos comunes, esto es, la existencia de un tercero, la presunción de buena voluntad de este interviniente y la búsqueda de apaciguamiento de la situación de conflicto existente.

Según algunos autores extranjeros, entre estos, Folberg y Taylor:

la mediación es una alternativa a la violencia o el litigio. Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades [...] tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como de proporcionar un foro para la toma de decisiones (Folberg y Taylor, 1996, p. 43).

En el mismo sentido, Haynes afirma que la mediación: “es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas” (Haynes, 2000, p. 11).

Lo mismo dice Bernal, al definir la mediación como: “la intervención, en una disputa o negociación, de un tercero competente e imparcial, aceptado por las partes, que carece de poder de decisión y que les ayuda a alcanzar voluntariamente su propio arreglo extrajudicial, garantizando la confidencialidad” (Bernal, 2007, p. 111).

Los autores nacionales, por su parte, indican que es un proceso de comunicación en el cual un tercero, imparcial y neutral, conduce a las personas que están en un conflicto y que no pueden dialogar por sí solas, pero tienen la voluntad de hacerlo, para que se comuniquen de manera colaborativa y encuentren una solución que considere las necesidades e intereses de cada uno (Díaz, 2010, p. 5).



Otros, que es un sistema de resolución de conflictos a que llegan las partes, ayudadas por un tercero imparcial llamado mediador familiar (Riveros, 2017, p. 123). De modo que el mediador los ayuda a obtener una solución que surja de ellos mismos, a través de reuniones que favorecen el entendimiento y, por consiguiente, la solución.

En estas definiciones se identifican tres elementos comunes: las partes, un conflicto y un tercero llamado mediador. El primero dice relación con los participantes de la mediación, cuya voluntad o autonomía de decisión constituye el fundamento del procedimiento (Pérez, 2015, p. 22); el segundo es la situación o hecho por el que las partes se enfrentan y, por consiguiente, emprenden acciones o realizan conductas antagónicas, y el tercero es una persona competente e independiente, cuya misión es ayudar a las partes a resolver el conflicto mediante su participación y estrategias. Respecto al primer atributo del mediador -su competencia- la ley lo reduce injustificadamente al ámbito territorial. Sin embargo, si postulamos la idea de la intervención de los NNA en la instancia de mediación, la competencia debe extenderse a la pericia del mediador en ámbitos de la infancia y de la adolescencia. En lo que toca al segundo atributo al que nos referimos -su imparcialidad- debe decirse que es un elemento carente de herramientas legales que permitan su resguardo. En efecto, la parte que opta por un proceso de mediación designa libremente a la persona del mediador, pudiendo existir vínculos previos entre este y el adultó que la inició, y que sean desconocidos del resto de los participantes.

En consecuencia, se trata de una respuesta que gira en torno al acuerdo y la capacidad de disposición de las partes para alcanzar una alternativa de solución flexible y diferente, o sea, distinta de la pretensión de cada uno y lejos de la resistencia de las partes, pues ellas mismas son las encargadas de solucionar la desavenencia a través del acercamiento que hace de ellas el mediador.

Las virtudes de la mediación varían en función de las necesidades e intereses de las partes. Las más comunes suelen ser que ellas se comprometen a alcanzar su propio acuerdo; el mediador ayuda a crear y evaluar opciones distintas a



las consideradas por estas con anterioridad al proceso; el acuerdo puede alcanzarse mucho más rápido que en sede judicial; se ahorran los gastos del juicio; aumentan las probabilidades de mantener relaciones duraderas y pacíficas que satisfacen determinadas necesidades y expectativas de las partes (Carulla, 2001, p. 4; De Armas, 2003, p. 129).

Existen distintos modelos de mediación: el modelo tradicional lineal o modelo de Harvard (Fisher y Ury), el modelo transformativo (Bush y Folger) y el modelo circular narrativo (Sara Cobb). Cada uno tiene sus peculiaridades. Por ejemplo, el tradicional persigue el acuerdo a través de una negociación colaborativa, asesorada por un tercero competente e imparcial que intenta alejar a los participantes del problema y centrarlos en sus intereses, de modo tal que transiten a las posibilidades de acuerdo sobre la base de criterios objetivos. Para este modelo, lo fundamental es el contenido de la comunicación, pues este admite lograr el acuerdo (Hernández, 2014, p. 69).

El modelo transformativo persigue generar un cambio constructivo en la relación de los participantes por medio de una visión positiva del conflicto, que pasa a ser visto como una oportunidad de perfeccionamiento. Para conseguirlo, utiliza dos elementos conceptuales: la revalorización de la autoestima y el recíproco reconocimiento de las corresponsabilidades mutuas. La revalorización se traduce en que:

los propios mediados adquieren conciencia y toman acción consecuente, por la responsabilidad de sus acciones 'con el otro'. El reconocimiento de la posición 'del otro' implica experimentar un sentimiento de empatía, en un sentido amplio, respecto del conflicto que comparten y las cualidades que se han de esgrimir y poner en circulación para solucionar transformativamente el conflicto (Hernández, 2014, p. 71-73).

El mediador en este caso es una persona capaz de encontrar el equilibrio entre fortaleza y claridad individual (revalorización) y conexión social (reconocimiento), que puede haberse perdido en el conflicto. De modo que, para este modelo, lo importante es la transformación, dado que propicia que personas



que están distanciadas y enredadas en problemas emocionales empleen sus capacidades para ir más allá de sus propias perspectivas y abrirse a considerar las de los demás y solucionar el conflicto (Folger, 2008, p. 8).

Por último, en el modelo circular la solución al problema se encuentra en la comunicación eficaz, concebida como un todo que involucra a las partes y el mensaje, y en la causalidad circular de los conflictos, en términos de que este no tiene un único origen, sino que se retroalimenta constantemente de las causas y factores en las relaciones interpersonales. La mediación –en este modelo– se lleva a cabo por etapas. La primera de ellas alista para la mediación. Se realiza con cada parte por separado y tiene por objeto explicar el proceso. En la que sigue, el mediador establece las reglas y ubica el proceso. Luego, intenta visualizar los objetivos, recursos, necesidades, peticiones y las contribuciones que han formulado las partes para solucionar el problema. En la tercera recoge la información, hace reflexionar a las partes a fin de elaborar una historia positiva y alterna para todos, que admita abordar el conflicto. En la última reunión las partes construyen el acuerdo (Munuera, 2007, p. 90; Peña, 2010, p. 107). En consecuencia, el modelo está orientado al acuerdo y a la transformación de la relación entre las partes.

En Chile, cuando se instauró la mediación en familia se pensó en todos estos modelos teóricos e ideológicos y se optó tanto por la consecución de acuerdos como por los aspectos relacionales entre las partes, no solo por los provechos que se obtienen del proceso de diálogo favorecido por la mediación, sino también por la creencia de que una buena comunicación permite lograr un acuerdo. Así, no se adscribió a un modelo único de negociación,

en base a principios, transformativo o circular narrativo, sino que se orientó hacia un modelo propio, de carácter más bien ecléctico, que combinó elementos distintivos de uno y otro: del modelo circular narrativo de Sara Cobb, tomaron aspectos relativos a la comunicación e interacción entre los participantes, del modelo transformativo de Bush y Folger, recogieron la valorización del proceso como espacio de validación y reconocimiento de las necesidades de cada uno, y del modelo de negociación de Harvard, tomaron el acento puesto en el logro de acuerdos (Vargas, 2001, p. 4).



En definitiva, la mediación en nuestro sistema se ha concentrado en el problema que las partes han venido a resolver y en las preocupaciones que genera, mas no en la negociación de intereses comunes; la creación de una nueva historia sin modificación del contexto, o el reconocimiento y legitimación mutuos sin más base que la buena voluntad de las partes, no sirve para resolver el conflicto (Garrido, 2017, p. 2).

Todo lo anterior, en la consideración de que el sistema familiar comprende relaciones de distinta naturaleza: parental, conyugal, filial, y que los conflictos que surgen se extienden a una serie de personas, a niños, niñas y adolescentes, los que se verán afligidos por las decisiones de sus padres. Tal situación ameritó idear soluciones participativas, propias y dinámicas; en otras palabras, que garanticen cierta perpetuidad. El derecho se hizo cargo del conflicto familiar incorporando la mediación, reconociendo que las sentencias judiciales buscan resolver un conflicto puntual y no contemplan un plan de acción destinado a prevenir o resolver futuras controversias; sin embargo, en este plan estima que la intervención de los NNA será solicitada solo si es estrictamente indispensable. Esto último lleva a considerar cuál debería ser la participación de ellos en la intención del legislador y determinar los posibles cuidados, si proceden.

3.1 EL NNA SOLO SERÁ CITADO SI SU PRESENCIA ES ESTRICAMENTE INDISPENSABLE PARA EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN

En este escenario, la mediación en Chile adquiere relevancia para las materias de familia, y dentro de sus innovaciones en la última década se ubica la incorporación paulatina de los intereses y las opiniones de los niños en los procesos que pudieran afectarlos, directa e indirectamente. Así se sigue de la idea de que los niños en su relación con el sistema jurisdiccional sean tratados como sujetos de derechos que deben ser oídos y sus intereses especialmente considerados.

A su vez, en concordancia con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y con la Ley de Tribunales de Familia, el propósito primero de la



mediación familiar es el interés superior del niño, niña o adolescente⁷, según refrendan tanto el artículo 12 de la primera como el artículo 105 letra e) de la segunda, que establece que durante todo el proceso de mediación el mediador velará por que se cumpla –como principio del procedimiento de mediación– el interés superior del niño.

Todavía más, si se contemplan las diferentes normas que incluyen que el juez debe oír al menor: Ley de Adopción, en los procedimientos de declaración de susceptibilidad y de adopción; Ley de Matrimonio Civil, al regular en los procedimientos de separación judicial, nulidad, matrimonio y divorcio, que cuando existieren menores de edad comprometidos, se debe considerar el interés del niño y oír a aquel que esté en condiciones de formarse su propio juicio en función de su edad y madurez; Ley de Menores, en términos de que el juez, en todos los asuntos de que conozca, apreciará la prueba en conciencia, si fuere posible, deberá oír siempre al menor, cuando lo estimare conveniente. Finalmente, la Ley n.º 20.680, que introduce modificaciones al Código Civil, también establece entre los principios generales por los que se rige la responsabilidad parental el derecho del niño a ser oído.

La doctrina nacional ha sostenido que este interés se encuentra íntimamente ligado al concepto de autonomía progresiva y al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todos los asuntos judiciales y administrativos cuyas decisiones puedan impactar su vida futura (Turner, 2002, p. 413; Cavagnaro, 2006, p. 3). De modo que estas referencias legales deberían guiar la resolución del conflicto de las partes que acuden a una mediación. Sin embargo, la ley indica que los NNA serán citados solo si su presencia es estrictamente indispensable para el

⁷ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “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*”. De esta manera, la Convención recepta el principio de ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños. Este principio es uno de los más innovadores de la Convención y se basa en el reconocimiento de la capacidad evolutiva de cada niño, niña y adolescente, en la comprensión de que, con su progresiva maduración, el nivel de abstracción, de expresión, de independencia y de pensamiento, se vuelve paulatinamente superior y más complejo. Este principio está ligado a la participación, a expresar su opinión en los asuntos que les afecten y que su opinión sea tomada en cuenta en función de su edad y madurez.



desarrollo de la mediación, lo que conlleva afirmar que la regla general es que el mediador no escuche a los NNA y lo haga únicamente cuando lo estime necesario, dejando la interrogante sobre cuáles son las condiciones que se han de cumplir para hacerlos partícipes del proceso.

En principio, esta situación resulta difícil de comprender, pues si los niños son oídos en procedimientos en que las partes en conflicto han fallado en sus propias tentativas de resolución, y por eso acuden a la demanda, tal vez sería mejor escucharlos antes. Los juicios adversariales en materia de familia no solo suelen aumentar el distanciamiento a través de la tensión y la incomunicación, sino que generan una serie de efectos negativos en los hijos: desajuste emocional, conflicto de lealtades, sentimiento de culpa y un aumento de la probabilidad de provocar una alteración emocional (Alarcón, 2015, p. 23; Hinojal, 2005, p. 3). En tanto que en los padres produce dejadez en materia de la adopción de decisiones sobre la familia, debido a que delegan esta función en el juez, entregan información contradictoria a los hijos y en ocasiones incumplen la sentencia judicial.

Así ha ocurrido en algunos casos que han llegado a los tribunales de justicia, pues habiendo arribado a acuerdo en una mediación sobre materias que afectan directamente a NNA, las partes terminan discutiendo lo mismo en un juicio adversarial, sin haber escuchado en ninguna ocasión a los hijos. Por ejemplo, en una causa que llegó hasta la Corte de Apelaciones de San Miguel, el padre deduce recurso de casación en la forma y de apelación en contra de la sentencia que rechazó medida de protección deducida a favor de su hija, luego de un acuerdo alcanzado en una mediación.

Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acogió el recurso de casación porque consideró que el juez de primera instancia, al conocer la medida de protección, omitió un trámite o diligencia declarada esencial por la ley: escuchar al NNA. También, determinó que resulta improcedente dejar sin efecto la audiencia de preparación de juicio si el tribunal no tiene mayores antecedentes para formarse convicción sobre la existencia o no de hechos de grave vulneración a los derechos de un niño. Al respecto, señala que en los artículos 69 y 72 de la Ley n.º 19.968 se



establece tanto el derecho de la niña a ser oída, cuanto se contempla una audiencia preparatoria, a la que debe el juez citar a la niña, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, debiendo el juez informarles acerca del motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, así como responder a las dudas e inquietudes que les surjan.

Se le impone, asimismo, la obligación de indagar sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que afecta a la niña y sobre la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos; autorizando a los citados para que expongan lo que consideren conveniente y, una vez oídos, si el juez contare con todos los elementos probatorios, lo faculta para dictar sentencia, o bien citar a audiencia de juicio⁸.

Asimismo, en un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado, que rechazó la transacción respecto a cuidado personal de menor. La Corte Suprema, actuando de oficio, invalida el fallo impugnado y retrotrae la causa, a fin que se disponga la celebración de una audiencia para que los peticionarios ratifiquen ante el juez no inhabilitado, el contenido de la transacción propuesta. En la especie, señala expresamente que se omitió escuchar la opinión de la niña -de once años- acerca de su parecer respecto del acuerdo al cual arribó su madre y abuelos maternos. En efecto, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído a la menor en una materia de vital importancia para sus intereses, en los que está envuelto, entre otros, su derecho sustantivo a ser cuidada debidamente, al de la identidad, y al vínculo con su madre, cuestión que obedece a una prerrogativa reconocida expresamente por nuestra legislación, desde que el derecho a ser oído, en relación con el reconocimiento a su autonomía progresiva y a la obligación de ser considerada su opinión, integran el derecho a un debido proceso, y, además, constituyen criterios que permiten configurar, en lo concreto, su interés superior. Al ⁹respecto, el artículo

⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de julio de 2020, Rol: 463-2020.

⁹ Corte Suprema, 4 de octubre 2016, Rol: 35252-2016.



12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade, que a tal fin, se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.). Reafirma, de este modo, que el deber de otorgar a la niña la posibilidad de ser oída en la sustanciación de los procesos que le atañen directamente, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir el tribunal de alzada.

También, en otra causa el demandante interpone un recurso de casación en la forma en contra de la sentencia del Tribunal de primera instancia que dio lugar al cuidado personal solicitado por el padre y que fijó un régimen de relación directa y regular entre la menor y su madre, mientras la menor se encontraba al cuidador provisional de la abuela materna. La Corte acoge el recurso en base a que el órgano jurisdiccional no adoptó las medidas necesarias para que la menor de autos actuara debidamente representada en el juicio, mediante el nombramiento de un curador ad litem, siendo éste, en concepto de esta corte, un trámite o diligencia esencial, conforme al artículo 19 de la ley 19.968, en relación con los artículos 768 y 795 del Código de Procedimiento Civil, entendiendo que en este último precepto la enumeración de los trámites o diligencias esenciales, no tienen el carácter de taxativos. La omisión en que se ha incurrido en el juicio ha causado un perjuicio a los derechos e intereses de dicha menor, sobre todo tratándose de un juicio de cuidado personal, en que la decisión que en definitiva se adopte, sin duda, afectará su vida futura. El vicio ya señalado, amerita la anulación de la sentencia y de todo el procedimiento como se dirá en lo resolutive, vicio que fue advertido en los alegatos de las partes en estrado, concretamente por la defensa de la demandada y de la tercera interesada (considerandos 2º, 7º a 9º de la sentencia de la Corte de Apelaciones)¹⁰.

Finalmente, en una causa sobre régimen comunicacional y pensión de alimentos no se escuchó directamente a las niñas, atendido que la Observación

¹⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel, 30 de mayo 2020, Rol: 1324-2019.



General n.º 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño, de 25 de mayo a 12 de junio de 2009, destaca que el ser oído corresponde a un derecho y no a una obligación que pese sobre el niño; que las niñas fueron representadas por un *curador ad litem* que participó de todas las audiencias y fue oído, además de recogerse sus opiniones a través de los múltiples informes periciales realizados en las causas previas; que fue el padre quien solicitó se les escuchara en audiencia confidencial, petición de la que luego declinó en consideración al nivel de exposición al que fueron sometidas, al participar de programas de reparación, diligencias judiciales e investigativas, y pericias; y que la audiencia de 27 de julio de 2017 comprendió la escucha de ambas niñas en entrevista en sala Gesell.

Agrega que la judicatura del fondo expresó los motivos en los que se fundó para prescindir de la audiencia confidencial con las niñas, lo que permitió despejar que no se trata simplemente de una omisión o del desconocimiento de su rol como sujetos del procedimiento. Por el contrario, se persiguió protegerlas de una exposición innecesaria, dadas las numerosas veces que a su corta edad ya han tenido que concurrir ante diversos profesionales, a propósito del conflicto que mantienen sus progenitores. En efecto, una de las últimas actuaciones realizadas en tal sentido fue la entrevista que sostuvo con ellas la Juez del Juzgado de Familia de Copiapó, doña Mitzi Belmar, el 27 de julio de 2017. Se observa que la fecha es relativamente cercana a la audiencia de juicio celebrada en el caso, que se desarrolló en sesiones sucesivas entre el 7 de enero de 2019 y el 1 de febrero del mismo año, durante la cual se reprodujo la grabación del citado diálogo, además de haber oído las opiniones del *curador ad litem* que les fue designado y de algunos de los profesionales que las han evaluado y tratado durante los últimos años. Lo anterior le resulta suficiente para concluir que esta forma indirecta de oír a las niñas, en el caso particular y habida cuenta de las circunstancias expuestas, satisface la obligación impuesta a la judicatura de familia, por lo que determina que no concurre el vicio consistente en no haber escuchado al NNA¹¹.

¹¹ Corte Suprema, cuarta sala (especial), 18 de junio de 2020, Rol: 22992-2019.



En ese contexto, la doctrina ha planteado diferentes argumentos sobre la conveniencia de incluir a los NNA en los procesos de mediación, dejando de lado, por cierto, aquellos casos en que su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo del proceso. Una parte de la doctrina estima que los NNA no deben participar en la mediación y otra aconseja incluirlos. La primera arguye que los NNA son incapaces de comprender e intervenir en un proceso de esta naturaleza debido a su sensibilidad psicológica (Bustamante, 1990, p. 43) y a que pueden verse influenciados por los problemas de sus padres (Hinojal, 2005, p. 3). En consecuencia, son declarados incompetentes y excluidos del proceso (Campos, 2015, p. 7). Según Valero, esto se debe a que:

incluir a los niños implica exponerlos a un conflicto y generar un riesgo potencial y daños futuros, b) los hijos no son responsables del conflicto de sus padres y no deben ser incluidos dentro de él, c) implicarlos acrecentará el dolor, rechazo y confusión de la situación familiar [...], e) dotarlos de igual fuerza en el proceso simboliza devaluar la autoridad de los padres. [...], f) los menores pueden verse obligados a elegir entre uno de los padres, g) se los puede crear falsas expectativas, y h) pueden sentirse presionados por los padres sobre aquello que decir (Valero, 2010, p. 92).

Así, las cosas, según la tesis recién apuntada no debiera aceptarse la participación de los NNA. Los padres serían las únicas partes directas del proceso y que, en esta calidad, se encontrarían capacitados para reorganizar el sistema familiar (Vargas, 2002, p. 140).

Esta proposición se fundamenta en la doctrina de la situación irregular o protección tutelar, que concibe al NNA como objeto de protección a partir de una definición negativa que considera que no es capaz:

La protección es de los 'menores' en sí mismos, de la persona de los menores, de ahí la idea de que son 'objetos de protección'. Por eso, esa protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos. Aparece también la idea de la incapacidad. Vinculada con ésta última, entonces, la opinión del niño es irrelevante (Beloff, 1999, p. 15).



Por esta razón, no pueden tomar decisiones y, en consecuencia, necesitan de los adultos para ser guiados y protegidos (Gómez, 2018, p. 121).

La doctrina contraria estima que los niños tienen derecho a participar en los procedimientos de familia (Valdebenito, 2013, p. 58). Su inclusión –dice– es positiva porque se da cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño y posibilita que los NNA manifiesten su opinión sobre los asuntos que los afectan, además de que al “representar las necesidades del hijo, se completa el ‘circuito’ del sistema familiar” (Contreras, 2002, p. 16).

De manera tal, según resalta Valero, que ayuda a desarrollar la capacidad de la autosuficiencia, siendo más fácil salir de la dependencia familiar; a explicar la situación y reducir sus preocupaciones; a la adaptación a la nueva situación tras haber recibido una explicación y a allanar las controversias habidas en la separación, aportando fluidez al proceso (Valero, 2010, p. 92), pues considera que el NNA, como sujeto de derechos y persona en desarrollo, puede participar en las decisiones de manera activa y proactiva en diversas situaciones de la vida personal o colectiva o, a lo menos, aprender a decidir en el acto de tomar decisiones. En otras palabras, el acto de decidir es un acto de transformación –desde muy temprana edad– tanto en el pensamiento, el lenguaje y las emociones, como en la conducta que se ejecuta. Por ende, el proceso de tomar decisiones mezcla el desarrollo de aprendizajes relacionados con los derechos que se complejiza a medida que el NNA avanza intelectual y emocionalmente.

En conclusión, la participación de los NNA en la mediación implica que se asume la condición de los NNA como sujetos de derechos al interior de la familia y que en razón de esto pueden intervenir en los asuntos que les afectan.

3.2 LAS CONDICIONES QUE PERMITEN O FACILITAN LA INTERVENCIÓN DE NNA EN LA MEDIACIÓN

La doctrina ha señalado que existen diferentes procedimientos de inclusión de los niños en la mediación. Algunos de ellos ofrecen más libertad e intervención a



los NNA; otros un poco menos, debido a que permiten que los padres sean en definitiva quienes deciden sobre los asuntos que afectan a los hijos. Ahora bien, sea que se adopte uno u otro, igualmente han de tomarse ciertos cuidados para favorecer la intervención.

Respecto de los modelos o formas, se observan algunos que en realidad no permiten la participación y otros que lo hacen con matices. En el primer orden se ubican tanto aquellos en que el NNA se hace presente a través de objetos y preguntas que provocan la reflexión de los padres sobre sus necesidades, expectativas e intereses, como los que se circunscriben a una conversación en la que se comunica al NNA la decisión de los padres. En el segundo orden están los que colaboran separadamente y al mismo tiempo con padres e hijos; los que incluyen a NNA solo en los asuntos que los afectan directamente y, por último, los que los incorporan desde el inicio hasta el final y en todas las materias (Valero, 2010, p. 94; Rodríguez-Domínguez y Roustán, 2015, p. 202). Todos buscan potenciar los recursos de los padres para la toma de decisiones; sin embargo, algunos promueven intervenciones que obstaculizan el desarrollo de las funciones parentales, debido a que centran el enfoque en el fortalecimiento del sistema parental por sobre el sistema filial, en el entendido de que los adultos son los responsables de tomar las decisiones que atañen a la familia. Es lo que ocurre en los casos en que la participación se lleva a cabo por medio de objetos o a través de la notificación del acuerdo que alcanzaron los padres; en estos, definitivamente, no hay participación y tampoco la consideración del NNA como sujeto de derechos. No obstante, tampoco resulta recomendable ponernos en el extremo, esto es, que los NNA participen en todas las materias, pues se podría enterar de fracasos o debilidades de alguno de los padres que pudieran afectar la relación filial. El valor de la mediación se halla, precisamente, en la protección, resguardo, del interés superior del niño y niña en el marco de la autonomía progresiva y derechos de participación en asuntos de su interés.

En ese contexto, la participación depende de la edad del niño, de su nivel de madurez y del contexto en que se encuentre. Luego, si el NNA se haya en



condiciones, ambos padres son los que deben decidir si es necesario y adecuado que los hijos participen de la mediación, en consideración de que son ellos sus representantes legales hasta que estos alcancen la mayoría de edad (Valdebenito, 2013, p. 61). Si y solo si se cuenta con tal autorización, se definirá el modo o el grado de participación que tendrán los niños en el proceso de mediación. En particular, objetivos, tiempo de participación, tipo de sesión, en fin.

La doctrina que propicia la intervención de los niños no está de acuerdo sobre si debe participar en un momento específico o en todo el proceso. Algunos proponen que debe hacerlo antes de definir los acuerdos; otros que debe ser cuando el mediador ya se ha ganado la confianza de los padres o en las etapas de búsqueda de opciones para tomar una decisión (Cárdenas, 1999, p. 181-182). Con todo, cualquiera sea el momento los niños deben saber y si lo ignoran hacerles comprender que no son responsables de los problemas que enfrenta la familia y que sus opiniones, intereses y emociones serán consideradas serán en los acuerdos, lo que no implica que se hará lo que ellos estimen. deciden. Una vez inserto todo lo que ocurra en el proceso debe mantenerse en secreto para todos los terceros ajenos, incluidos los Tribunales de justicia. Es especialmente importante cuando los niños participan en encuentros en que no están presentes los padres y ante los cuales también se respeta la confidencialidad, lo cuál debe ser explicitado. Sin embargo, existen situaciones que deben ser sabidas e incluso denunciadas, se trata de la comisión de delitos y abusos contra NNA, los cuales obstan a continuar con la mediación (Folberg y Taylor, 1996, p. 337).

A todo lo anterior se añade otro requisito fundamental para que una mediación pueda prosperar: el conjunto de destrezas, habilidades o, sencillamente, rasgos personales que se han considerado relevantes para el ejercicio del rol de mediador (Marques, 2013, p. 237). En este caso, que sepa trabajar con niños.

Así la participación de los niños posibilita, por una parte, que dé su opinión sobre los temas que lo afectan, muestra su imagen a sus padres y viceversa y, por otra, conocer y evaluar los conflictivos y las debilidades, fortalezas y recursos de la familia.



En suma, a través de los resguardos que propician la intervención de los NNA en la mediación familiar es posible acercarse progresivamente al objetivo de que ellos puedan ser escuchados en todas las materias que les afecten y estar atentos a su bienestar.

4 CONSIDERACIONES FINALES

La participación de los NNA en los asuntos que les conciernen supone considerarlos como sujetos de derechos y protagonistas activos de su vida. Aunque la decisión en los conflictos de familia no corresponde a ellos, sino a los padres, porque son los encargados de procurar su mayor realización espiritual y material posible, o bien a un tercero en ciertas situaciones, las partes deben tener en cuenta la opinión del NNA, sin que esto signifique que tengan que concluir resolviendo como el menor desea. Tener en cuenta quiere decir que se atiende a lo que el NNA quiere y la decisión se adopta haciendo realidad el interés superior de ellos. En la práctica, esto implica que las decisiones deben justificarse en amplitud.

En este sentido, el ordenamiento chileno exige que se tenga en cuenta este interés. Todas las medidas respecto del NNA deben estar basadas en la consideración de sus intereses, que deben ser atendidos como superiores a cualquier otro interés legítimo. Son las situaciones de conflicto las que ponen de manifiesto la trascendencia de esa superioridad del interés del niño por sobre cualquier otro. No siempre es posible armonizar los intereses, ni los padres quieren siempre lo mejor para sus hijos. En estos casos, la mediación sirve a las personas que están en un conflicto y que no pueden dialogar por sí solas, pero tienen la voluntad de hacerlo, para que se comuniquen de manera colaborativa y encuentren una solución que considere las necesidades e intereses de cada uno y de los hijos. La intervención del NNA en la mediación sobre la base del principio del interés superior significa que deben ser escuchados y sus intereses defendidos por ambos padres. En última instancia, un tribunal deberá decidir en provecho del NNA,



considerando, precisamente, ese interés superior tantas veces esgrimido y fundamentado.

REFERENCIAS

ALARCÓN, Miguel. **Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación.** *Ars Boni et Aequi* 11, n.º 2: 11-47. 2015

BELOFF, Mary. **Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular:** un modelo para armar y otro para desarmar. *Justicia y Derechos del Niño*, n.º1: 9-22. 1999

BERNAL, Trinidad. **Conflicto y mediación.** Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 11: 111-122. 2007

BUSTAMANTE, Juan Ernesto. **Consecuencias psicológicas y emocionales de los menores expuestos a la violencia de género en la pareja.** Tesis doctoral. Universitat Ramon Llull, 1990
https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/587113/Tesi_Juan_Ernesto_Bustamante.pdf?sequence=2&isAllowed=y

CAMPOS, Francisco Javier. **El derecho de los niños a ser oídos en la mediación.** Análisis y propuesta. *ResearchGate*, doi: [10.13140/RG.2.1.2745.1044](https://doi.org/10.13140/RG.2.1.2745.1044) 2015

CÁRDENAS, Eduardo. **La mediación en conflictos familiares.** España: Lumen/hvmanitas. 1999

CARULLA, Pedro. La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales. **Anuario de Justicia Alternativa**, n.º 1: 121-154. 2001

CAVAGNARO, María Victoria. **Niños y adolescentes como sujetos de derecho en la mediación familiar.** Doctrina. Sistema Argentino de Información Jurídica (Id SAIJ: DACF060028). 2006

CONTRERAS, Óscar. Los niños en mediación familiar. ¿Objetos de protección o sujetos de derecho? **Revista de Terapias y Familia** 10, n.º 16. 2002

CHILE. **Ley N° 19.968**, de 30 de agosto de 2004. Crea los tribunales de familia. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>

DE ARMAS, Manuel. **La mediación en la resolución de conflictos.** *Educación*, n.º 32: 125-136. 2003



DÍAZ, Alejandra. **La experiencia de la mediación penal en Chile.** *Revista de Política Criminal* 5, n.º 9: 1-67. 2010

DÍAZ, Alejandra. **Mecanismos Colaborativos:** nuevos paradigmas y rol del Juez. Material de Apoyo docente Academia Judicial. Intranet (MASC_MATERIAL_DOCENTE). 2019

FOLBERG, Jay y Alison Taylor. **Mediación.** Resolución de conflictos sin litigio. Méjico: Grupo Noriega Editores. 1996

FOLGER, Joseph. La mediación transformativa: presentación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas. **Revista de Mediación** 1, n.º 2: 6-16. 2008

GARRIDO, Salvador. Mediación insight: un modelo reflexivo y pedagógico para abordar los conflictos. **Revista de Mediación**, n.º 10: 2-10. 2017

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. **Revista de Derecho de Universidad Católica del Uruguay Dámaso A. Larrañaga**, n.º 18: 117-137. 2018

HAYNES, John. **Fundamentos de la Mediación Familiar.** Madrid: Gaia Ediciones. 2000

HERNÁNDEZ, Carmelo. **Modelos aplicables en mediación intercultural.** *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n.º 17: 67-80. 2014

HINOJAL, Silvia. **Los menores ante la mediación.** Coordinado por J. Ruiz Marín. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2005

MARQUES, Cátia. **La mediación.** Madrid: Editorial Marcial Pons. 2013

MIRANZO DE MATEO, Santiago. Quienes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto mediación. **Revista de Mediación** 3, n.º5: 8-15. 2010

MUNUERA, Pilar. **El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas.** *Portularia* VII, n.º 1-2: 85-106. 2007

PAREDES, Alejandro. La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile. **Revista chilena de Derecho y Ciencia Política** 3, n.º 2: 189-224. 2014

PEÑA, Óscar. **Conciliación, procedimiento y técnicas de conciliación.** En *Mediación y conciliación extrajudicial. Medios alternos de solución de conflictos. Teoría y práctica*, coordinado por Oscar Peña, México: Editorial Flores. 2010



PÉREZ, María. Las partes en el proceso de mediación y su posición en relación con el rol del mediador. En **Mediación y Deporte**, coordinado por María Pérez Ugena, Madrid: Editorial Dykinson. 2015

RIVEROS, Carolina. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos como manifestación de la autonomía privada en el Derecho familiar chileno, a propósito de la Ley n.º 19.947 y la Ley n.º 19.968. **Revista de Familia y Derecho**, n.º 1: 119-126. 2017

RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ, Carles y Marina Roustan. Inclusión/focalización de menores en mediación familiar: revisión de estudios y propuestas futuras. **Papeles del Psicólogo** 3, vol. 36: 198-206. 2015

VALDEBENITO, Caterine. **Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile**. Rumbos TS VII, n.º 7: 48-69. 2013

VALERO, Jesús. La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés. **Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas** 9, n.º 1: 89-100. 2010

VARGAS, Macarena. Mediación familiar en Chile. La experiencia del programa de resolución de conflictos anexo a tribunales. En **Mediación Familiar**. Sistematización de una experiencia, editado por Ministerio de Justicia. Santiago: Ministerio de Justicia. 2001

VARGAS, Macarena. Los niños en la mediación familiar. **Revista de Derechos del Niño**, n.º 1: 137-166. 2002

TURNER, Susan. Los tribunales de familia. **Ius et Praxis** 8, n.º 2: 413-443. 2002

