

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO FAMILIAR CHILENO, A PROPÓSITO DE LA LEY N° 19.947 Y LA LEY N° 19.968

THE ALTERNATIVE MECHANISMS OF CONFLICT SOLUTION AS A MANIFESTATION OF PRIVATE AUTONOMY IN CHILEAN FAMILY LAW PURSUANT TO LAW N° 19.947 AND LAW N° 19.968

Artículo enviado el 27 de abril de 2017 y aprobado el 07 de mayo de 2017

CAROLINA RIVEROS FERRADA*
Universidad de Talca (Chile)

RESUMEN. En el presente trabajo se analizan los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial, cómo la negociación y la mediación familiar son manifestaciones de la autonomía privada en el Derecho de Familia.

Palabras clave. MASC – negociación – mediación – Derecho de familia.

ABSTRACT. *In the present work are analyzed the alternative conflict resolution mechanisms, especially, how the negotiation and the familiar mediation are expressions of the autonomy in the Family law.*

Key words. *ADR – negotiation – mediation – Family law.*

SUMARIO. Introducción. I. La negociación como manifestación de la autonomía privada en la Ley N° 19.947. II. La mediación familiar como manifestación de la autonomía privada en la Ley N° 19.968. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos han ido ganando espacio en diferentes escenarios en el mundo jurídico, las diferentes disciplinas del Derecho cada vez más, valoran la utilización de mecanismos colaborativos. Así, *u. gr.*, en conflictos ambientales, comunitarios e

* CAROLINA RIVEROS FERRADA es Doctora en Derecho, Ludwig-Maximilian-Universität, Munich, Alemania. Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Dirección postal: Calle Santa Elena N° 2222, San Joaquín, Santiago de Chile. Código Postal: 8940583. Correo electrónico: criveros@utalca.cl
Trabajo escrito en el marco del Proyecto Anillo: PIA SOC 1406, 2015-2018. Coinvestigadora.

incluso comerciales se destaca la utilización de la mediación.¹ Se puede indicar que los mecanismos alternativos de solución de conflictos son: la mediación, la negociación, la conciliación y el arbitraje.

El arbitraje es un procedimiento por el medio del cual las partes someten sus diferencias a un árbitro que dicta una decisión sobre la controversia. Además, el valor de la sentencia es vinculante para las partes, ya que, desde la perspectiva sustantiva entre las partes y el árbitro se suscribe un acuerdo arbitral, por consiguiente, existe una relación jurídica obligacional que los liga.² Macarena LETELIER al referirse al arbitraje expresa: “El arbitraje es reconocido en nuestra legislación hace más de un siglo y obras como la de don Patricio AYLWIN, entre otras, han permitido comprender sus fundamentos y la solidez de esta institución procesal”.³

La conciliación es un mecanismo autocompositivo para la solución de una controversia. El juez según el art. 61 N° 5 de la Ley N° 19.968 deberá promover la conciliación total o parcial según las bases que él mismo proponga a las partes.⁴ En el art. 67 de la Ley N° 19.947 se indican dos propósitos esenciales. En primer lugar, durante la audiencia preparatoria el juez debe instar a las partes a una conciliación examinando las circunstancias que podrían contribuir a superar la crisis conyugal y verificando la disposición por parte del marido y la mujer para preservar la unión matrimonial. El segundo objetivo del llamado a conciliación es fijar medidas en torno a los alimentos de cónyuges y los alimentos respecto de los hijos.⁵ Asimismo, lo concerniente al cuidado personal, la relación directa y regular respecto del progenitor que no los tenga bajo su cuidado y el ejercicio de la patria potestad.⁶ Hay nutrida jurisprudencia que ha invalidado fallos debido a que no se había realizado el llamado a conciliación. El llamado a conciliación es un trámite esencial cuya omisión se sanciona expresamente con la nulidad formal.⁷

¹ JEQUIER, E. (2016), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 121.

² VÁSQUEZ, M. F. (2011), *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, Santiago de Chile: Legal Publishing, p. 15.

³ LETELIER, M. (2016), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 54.

⁴ LEPÍN, C. (2015), *Jurisprudencia del Derecho de Familiar: Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004-2014)*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 208.

⁵ El derecho de alimentos sólo está consagrado para la separación judicial.

⁶ El texto originario de la norma consideraba una audiencia de conciliación especial, dicha audiencia especial fue eliminada por el art. 2 N° 2 de la Ley N° 20.286.

⁷ En la sentencia de 6 de diciembre de 2013 la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Rol N° 367-2013, invalidó un fallo, ya que, no se había realizado el llamado a conciliación, disponible en: <http://vlex.com/vid/luis-alexi-munoz-arevalo-563414366>. En otra causa seguida ante la misma Corte de 12 de mayo de 2015, Rol N° 62 de 2015 se rechazó el recurso de casación en la forma debido a que en el considerando 4 se expresa: “Asimismo, consta que no se ha omitido el trámite esencial de llamado a conciliación, en que se funda el recurso, porque claramente aparece acreditado que se efectuó el llamado a conciliación en la audiencia preparatoria en rebeldía de la demandada recurrente, dado que no compareció”, disponible en: <http://vlex.com/vid/villegas-rodriguez-eduardo-alfonso-569846446>.

El propósito de este trabajo es analizar con mayor profundidad los mecanismos de negociación y mediación familiar, para en definitiva determinar si ellos son eficaces manifestaciones de la autonomía privada en el ámbito del Derecho Familiar.

I. LA NEGOCIACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA LEY N° 19.947

La negociación es definida como un proceso durante el cual las partes que poseen un problema, mediante la utilización de diversas técnicas de comunicación, buscan lograr una solución que satisfaga de manera razonable sus pretensiones y aspiraciones.⁸ Si se revisa la Ley N° 19.947 es posible percatarse de que en una crisis matrimonial como asimismo en un definitivo quiebre matrimonial la propia ley insta a los cónyuges a ponerse de acuerdo en diferentes tópicos. La ley permite que los cónyuges, de forma autónoma, definan la manera por la cual los diferentes y complejos aspectos de la separación de hecho del marido y la mujer (art. 21); de la separación judicial de los cónyuges (art. 27); e incluso del divorcio por mutuo acuerdo (art. 55) quedarán solucionados. El instrumento jurídico que propicia el legislador es, lo que en doctrina, se denomina acuerdo regulador. Dicho acuerdo es el resultado de una negociación exigida por la ley y fomentada por diversos operadores jurídicos.

El acuerdo o convenio regulador es el resultado de una negociación exitosa y naturalmente una manifestación del principio de la autonomía privada. Este principio es analizado por LLOVERAS y SALOMÓN del siguiente modo: “En concreto ‘autonomía de la voluntad’ indica ‘poder de decisión’. Este ‘poder de decisión’, esta posibilidad de resolver sobre ciertos aspectos de la vida personal transcurre y se manifiesta en los diferentes ámbitos del desarrollo de la persona. En el campo jurídico, ese poder de decisión implica ejercer la facultad de gobernarse y regirse en los actos propios mediante manifestaciones adecuadamente expresadas y contempladas por el orden normativo. El ejercicio de ese poder decisorio implica la facultad de optar por una autorregulación propia (ejercicio de la libertad personal) y la potestad de autodeterminación y autorregulación (contenido del principio de la autonomía de la voluntad) de todos los actos y consecuencias jurídicas que hagan al derrotero personal, siempre que éste no interfiera en derechos de terceros o en el orden social (bien común)”.⁹

⁸ GORJÓN, F. (2001), “Medios alternativos de solución de controversias. Solución a la impetración de la Justicia”, en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, (1), p. 13.

⁹ LLOVERAS; N. y SALOMON, M. (2009), *El derecho de la familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Editorial Universidad S.R.L., p. 272.

El destacado catedrático español Luis DíEZ-PICAZO, estudiaba en la década del 60 la relación entre el acuerdo regulador y la autonomía privada, en un artículo denominado “El negocio jurídico del derecho de familia”. Posteriormente, en la década de los 80, al analizar la naturaleza jurídica de los convenios reguladores, indica: “[S]e trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos otros que, distanciados sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto”.¹⁰

En la doctrina nacional a propósito del estudio de los actos propios del Derecho de Familia, CORRAL señala que respeto a los acuerdos reguladores suscritos por los cónyuges, ellos serían un claro ejemplo del ejercicio de la autonomía privada en materia de Derecho de Familia. Y es por ello que les sería plenamente exigible su cumplimiento a los cónyuges.¹¹

En cuanto a los aspectos que son negociables, ellos no se distinguen según si se está en presencia de separación de hecho, separación judicial o divorcio, puesto que, en definitiva la norma fundamental en esta materia es el art. 21 de la Ley N° 19.947 que dispone: “Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio”. Continúa la norma en el inciso segundo: “En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere a su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido”. Finalmente, en el inciso tercero se expresa: “Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

La diferencia respecto de la separación de hecho con la separación judicial y el divorcio por mutuo acuerdo está en la exigibilidad del acuerdo pero, no en cuanto a fijar otras materias distintas del art. 21 de la Ley N° 19.947. En este sentido, el acuerdo debe ser completo, lo que implica que regule todas y cada una de las materias reseñadas en el art. 21. Asimismo, debe poseer el carácter de suficiente, lo que implica, que sean resguardados tanto al interés superior de los hijos como de la reducción del menoscabo económico que pudiese causar la ruptura.

Si se revisan las estadísticas en relación con el quiebre matrimonial destaca que las causas de divorcio por mutuo acuerdo por sobre las causas de divorcio por culpa o divorcio unilateral.¹²

¹⁰ DíEZ-PICAZO, L. (1984), *Familia y Derecho*, Madrid: Editorial Civitas, p. 93.

¹¹ CORRAL TALCIANI, H. (2010), “La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno”, en CORRAL TALCIANI, H. (ed.), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión, 18, Santiago de Chile: Universidad de los Andes, pp. 103-139.

¹² Basta revisar las estadísticas actuales de matrimonios y divorcios: según datos del PODER JUDICIAL durante el año 2015 se realizaron 72.753 divorcios mientras que según

Ello implica que la negociación como mecanismo de solución alternativo de controversias es eficaz para solucionar el quiebre matrimonial y que constituye por lo tanto una manifestación de la autonomía privada en el Derecho de Familia.

II. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA LEY N° 19.968

En términos generales la mediación es un instrumento que ayuda a las partes a resolver sus conflictos con la ayuda de un tercero.¹³ Según el art. 103 de la Ley N° 19.968 la mediación es: “Aquel sistema de resolución de conflictos en que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”. Por lo tanto, son dos los elementos esenciales de la mediación, a saber: la intervención de un tercero y la responsabilidad de las partes en la adopción de decisiones.¹⁴

En Chile se exige la mediación previa y obligatoria para la interposición de demandas en torno a causas relativas a los alimentos, cuidado personal y también en relación con el derecho de los padres y sus hijos o hijas que no vivan juntos a ellos para mantener una relación directa y regular.

La exigencia de una mediación previa y obligatoria ha sido un tema cuestionado. Para algunos la exigencia de obligatoriedad desconoce un elemento esencial de la mediación, vale decir, la voluntariedad con la cual deben concurrir las partes a dicha instancia. Por otra parte, quienes promueven la mediación consideran que existe una diferencia entre exigir a las partes a concurrir a una mediación con exigir a las partes a llegar a un acuerdo. Esta doctrina distingue entre la asistencia a la mediación y sus resultados, dejando en manos de los involucrados el desenlace de la misma. Se adhiere en este trabajo a esta última posición. La autonomía privada también se ve manifestada en materia de mediación familiar.

En primer lugar, la misma norma del art. 106 de la Ley N° 19.968 fomenta la autonomía privada en relación con la mediación indicando:

el REGISTRO CIVIL se inscribieron 63.749 matrimonios en el mismo periodo, representando el divorcio de común acuerdo el 60% de las rupturas, disponible en <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/03/13/792754/La-taza-de-divorcios-supera-en-10-mil-casos-a-los-matrimonios-inscritos-en-2015.html>. Por otra parte, según la información del INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS el año 2010 se realizaron 53.266 divorcios, el año 2011 58.853, el año 2012 59.711, el año 2013 63.730 y el año 2014 se registraron 58.707, disponible en http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/infografia_justicia_2014.pdf

¹³ GORJÓN (2001), p. 13.

¹⁴ OBREQUE, C. y TOBAR, J. (2012), *La judicatura de familia*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 163.

“Artículo 106 Ley N° 19968.– Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento. Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a los casos del artículo 54 de la ley N° 19.947. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este requisito, si acreditaren que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación ante mediadores inscritos en el registro a que se refiere el artículo 112 o si hubieren alcanzado un acuerdo privado sobre estas materias. *Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso siguiente, podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes.* No se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción. En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley”.

El párrafo subrayado de la norma que se comenta permite considerar que la ley reconoce a las partes autonomía para buscar soluciones colaborativas por medio de la mediación familiar en los casos que ellos acepten concurrir a una mediación. Así, *v. gr.*, existe una tendencia a nivel mundial en utilizar en caso de sustracción internacional de niños, niñas, o adolescentes a la mediación como herramienta más amigable en la solución del conflicto.

En segundo lugar, en los casos en que la mediación es previa y obligatoria. Los resultados de la mediación son abiertos y en definitiva reconocen ampliamente la autonomía de las partes para fijar un acuerdo que sea adecuado a los requerimientos de las partes. En este sentido, las posibilidades son abiertas a las necesidades de los integrantes del conflicto.

La mediación voluntaria no es una herramienta muy utilizada en Chile, pero constituye un instrumento jurídico accesible a los ciudadanos. Ahora bien en torno a la cantidad de acuerdos que se alcanzan en las materias de carácter obligatorio, si bien ellas no son la mayoría representan un número significativo considerando que los métodos alternativos de solución de conflictos, en especial la mediación es de reciente incorporación al ordenamiento jurídico.

Los datos estadísticos que entrega el Ministerio de Justicia referidos al período 2009-2014 dan cuenta de lo siguiente:

La mayoría de las causas de mediación obligatoria son las referidas a alimentos, que fluctúa entre 62 y 63 %. En torno a la relación directa

y regular las causas poseen un promedio de 26 %. Una cifra menor se relacionan con el cuidado personal, sólo un 11% se remite a ellas. Ahora bien otros temas no superan en varios años el 1%.

En relación con las causas terminadas y frustradas en 2009 fueron 41,06% y 58,94%; en 2010 fueron 41,47% y 58,53; en 2011 fueron 42,21% y 57,79%; en 2012 fueron 40,48% y 59,52%; en 2013 fueron 42,62% y 57,38% y en 2014 fueron 43,18% y 56,83% respectivamente.

Fundamental resulta que en materias que tradicionalmente no ha tenido espacio la autonomía privada, ella surja con fuerza a propósito de la utilización de los importantes métodos alternativos de conflictos, a saber: negociación y mediación.

CONCLUSIONES

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos han irrumpido en los diferentes ordenamientos jurídicos tanto a nivel internacional como a nivel global. Y cada vez poseen mayor relevancia.

Chile no se ha quedado atrás en la incorporación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente, en el Derecho Familiar. Tanto la negociación como la mediación son herramientas que ha sido introducidas al ordenamiento jurídico patrio por medio de la Ley N° 19.947 como asimismo por la Ley N° 19.968. Es decir, ya se encuentran asentados al ordenamiento jurídico.

Respecto a la negociación que tiene como resultado un acuerdo o convenio regulador, es posible indicar que debido a la exigencia de la presentación de un acuerdo completo y suficiente para el caso del divorcio por mutuo acuerdo, ella es bastante exitosa, porque la mayoría de las personas en Chile se divorcian de esta forma.

En consideración a la mediación, en términos generales, no es tan exitosa, en primer lugar la cuota de mediaciones voluntarias es bastante exigua, en segundo lugar, la tasa de acuerdos en los casos de mediación obligatoria no es mayor a las tasas en las que no se llega a acuerdos. Sin embargo, la posibilidad de participar activamente en la solución del conflicto es una oportunidad que constituye una manifestación de la autonomía privada.

Lo relevante es el reconocimiento que se efectúa a las personas que se encuentran en medio del conflicto de carácter familiar, para ser actores esenciales en la solución del mismo, con ello, además se abre una puerta, hasta hace muy poco cerrada, para que la autonomía privada pueda intervenir en el Derecho de Familia, teniendo siempre presente los principios caracterizadores del Derecho de Familiar actual, vale decir, el interés superior del niño y la protección al más débil.

En definitiva, si se observa a los mecanismos alternativos de solución de conflicto escogidos en este trabajo, a saber, negociación y mediación,

es posible verificar que ellos son una manifestación muy elocuente en torno a la autonomía de los individuos para zanjar de la manera más natural y precisa los conflictos que surgen de una crisis matrimonial o de un conflicto en torno a los hijos. Evitando soluciones impuestas por terceros que no necesariamente conocen y podrían percibir en un litigio la particular realidad familiar.

La fijación de políticas públicas que otorguen a los ciudadanos herramientas para la propia solución de los conflictos favorece una convivencia más pacífica y determina que las personas valoran y legitiman las formas de resolver sus propios conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- CORRAL TALCIANI, H. (2010), “La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno”, en CORRAL TALCIANI, H. (ed.), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Cuadernos de Extensión, 18, Santiago de Chile: Universidad de los Andes, pp. 103-139.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1984), *Familia y Derecho*, Madrid: Editorial Civitas.
- GORJÓN, F. (2001), “Medios alternativos de solución de controversias. Solución a la impetración de la Justicia”, en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, (1), pp. 41-61.
- JEQUIER, E. (2016), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- LEPÍN, C. (2015), *Jurisprudencia del Derecho de Familiar: Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004-2014)*, Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- LETELIER, M. (2016), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- LLOVERAS, N. y SALOMON, M. (2009), *El derecho de la familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Editorial Universidad S.R.L.
- OBREQUE, C. y TOBAR, J. (2012), *La judicatura de familia*, Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- VÁSQUEZ, M. F. (2011), *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Legal Publishing.