

María Fernanda Vásquez Palma
Directora

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución

MONOGRAFÍAS



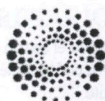
THOMSON REUTERS™

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ESTADO ACTUAL, PROBLEMAS EXISTENTES Y PROPUESTA DE SOLUCIONES

MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
DIRECTORA

**RAÚL CARNEVALI, JORDI DELGADO, CAROLINA RIVEROS,
ISAAC RAVETLLAT Y RODRIGO PALOMO**
COORDINADORES



THOMSON REUTERS

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ESTADO ACTUAL, PROBLEMAS EXISTENTES Y PROPUESTA DE SOLUCIONES

MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
DIRECTORA

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ESTADO ACTUAL, PROBLEMAS EXISTENTES Y PROPUESTA DE SOLUCIONES

© MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA (DIRECTORA)

2018 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 289378 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 950 - 9

1ª edición abril 2018 Legal Publishing Chile

Tiraje: 250 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL	
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL	13
<i>M. Fernanda Vásquez Palma</i>	
APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA CHILENOS	21
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	
DOCUMENTARY INSTRUMENTS DISPUTE RESOLUTION EXPERTISE (DOCDEX): UN MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS APLICABLE EN MATERIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL INTERNACIONAL	41
<i>Ángela Toso Milos</i>	
LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y COMERCIALES Y SU VINCULACIÓN CON EL PROCESO CIVIL EN CHILE. ESTUDIO DE LEGE FERENDA A PARTIR DE LOS RESULTADOS DE ENCUESTAS DIRIGIDAS A ABOGADOS, JUECES Y EMPRESARIOS CHILENOS (JUNIO - JULIO DE 2016).....	63
<i>Eduardo Jequier Lehuedé</i>	

	Página
“MEDIACIONES INDIVIDUALES” Y “MEDIACIONES COLECTIVAS” QUE REALIZA EL SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR	113
<i>Francisca Barrientos, Claudio Fuentes y Juan Enrique Vargas</i>	
ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO	139
<i>Ivette S. Esis Villarroel</i>	
LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO CONCURSAL: UNA LECTURA DE LA FUNCIÓN PRINCIPAL DEL VEEDOR EN LOS PROCEDI- MIENTOS CONCURSALES DE REORGANIZACIÓN	163
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	
LA PUBLICIDAD DEL ARBITRAJE	181
<i>Oswaldo Lagos Villarreal</i>	
EL CONCEPTO DE INVERSIÓN EN EL ARTÍCULO 25(1) DEL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS	215
<i>Pablo Tromben Reyes</i>	
AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE IMPUES- TOS: DISPUTAS TRANSNACIONALES	239
<i>Paula C. Arias</i>	
EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CON- TRATO DE SEGURO: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGLA DE ARBITRAJE EN EL DERECHO CHILENO.....	263
<i>Roberto Ríos Ossa</i>	
I PRINCIPI DI UNIDROIT TRA ARMONIZZAZIONE E TRADIZIONE...	279
<i>Profesor Dr. Riccardo Cardilli</i>	
LAS CLÁUSULAS DE DERECHO APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	289
<i>Jorge Oviedo Albán</i>	
EL OFICIO DEL ÁRBITRO EN LA ELABORACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.....	319
<i>José Carlos Fernández Rozas</i>	
ARE CROSS-CULTURAL ETHICS STANDARDS POSSIBLE OR DESIRABLE IN INTERNATIONAL ARBITRATION?.....	385
<i>Carrie Menkel-Meadow, A.B.</i>	

II. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO DE FAMILIA

PROBLEMAS RELATIVOS A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIAS DE DERECHO DE FAMILIA E INFANCIA	417
--	-----

Carolina Riveros e Isaac Ravetllat

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO FAMILIAR CHILENO A PROPÓSITO DE LA LEY Nº 19.947 Y LA LEY Nº 19.968	425
---	-----

Carolina Andrea Riveros Ferrada

MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE: APROXIMACIÓN CRÍTICA Y DESAFÍOS DE FUTURO.....	435
--	-----

Cristián Contreras Rojas

NOTAS SOBRE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD....	457
---	-----

Darío Parra Sepúlveda

MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN: INFANCIA, FAMILIA Y CENTROS EDUCATIVOS	473
---	-----

Isaac Ravetllat Ballesté

LA CALIDAD EN LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN EN MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO	505
---	-----

Isabel Viola Demestre, Imma Armadans Tremolosa y Emma López Solé

INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE, A MÁS DE 10 AÑOS DE SU ESTABLECIMIENTO	525
---	-----

María Soledad Lagos Ochoa

III. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO PROCESAL

BREVE HISTORIA DE LA INCORPORACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CHILE, EN ESPECIAL, LA MEDIACIÓN.....	551
---	-----

Marcela Le Roy

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO PROCESAL: SENTIMIENTOS ENCONTRADOS HACIA UNA MEJOR JUSTICIA	569
<i>Jordi Delgado Castro</i>	
CONSIDERACIONES SOBRE EL ROL Y FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO LABORAL A PROPÓSITO DE LA CONCILIACIÓN	577
<i>Jordi Delgado Castro</i>	
ALGUNOS PROBLEMAS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS	595
<i>Alejandro Romero Seguel</i>	
CONTRA LA CONCILIACIÓN INTRAPROCESAL EN MATERIA LABORAL: ALGUNAS PROPUESTAS DE CAMBIO	609
<i>Claudio Meneses Pacheco y Felipe Gorigoitia Abbott</i>	
LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CATALUNYA	641
<i>Prof. Dr. David Vallespín Pérez</i>	
LA PRUEBA PERICIAL Y EL RIESGO DE TRANSFERENCIA INDEBIDA DE JURISDICCIÓN: MEDIDAS PARA UNA ADECUADA VALORACIÓN DE LA PERICIA	659
<i>Felipe Bulnes Serrano y Gonzalo Vial Fourcade</i>	
LA CONCILIACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES	695
<i>Raúl Núñez y Jorge Larroucau</i>	

IV. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO PENAL

UNA MIRADA A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA PENAL	719
<i>Raúl Carnevali Rodríguez</i>	
LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN	729
<i>Alejandra Díaz Gude</i>	
LA MEDIACIÓN PENAL: CONTEXTO Y MARCO NORMATIVO EUROPEO	753
<i>Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas</i>	

JUSTICIA RESTAURATIVA Y DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES EN EL MARCO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO NACIONAL DE REINSERCIÓN SOCIAL JUVENIL	771
<i>Francisco Maldonado Fuentes</i>	
LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA EDUCACIÓN TRANSVERSAL	797
<i>José Guillermo García Murillo</i>	
LA MEDIACIÓN PENAL EN MÉXICO: ALCANCES Y DESAFÍOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO	811
<i>José Zaragoza Huerta, Carlos Martín Rodríguez Rodríguez e Idalia Patricia Espinosa Leal</i>	
FUNDAMENTOS DE LA INTEGRACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. EL DIFÍCIL CAMINO HACIA UN MODELO PROPORCIONAL Y COMPLEMENTARIO	823
<i>María Isabel González Cano</i>	
NORMATIVIDAD ESPECIALIZADA EN MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL EN MÉXICO	853
<i>Mtra. Marina Clotilde Lima González</i>	
JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA EN ESPAÑA: APLICACIÓN PRÁCTICA	871
<i>Natalia Pérez Rivas</i>	
HACIA UN DISEÑO NORMATIVO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA PENAL ...	893
<i>Raúl Carnevali R.</i>	
MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA Y ALEMANIA, ENTRE LA DOGMÁTICA Y LA REALIDAD	913
<i>Silvia Barona Vilar</i>	

V. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO DEL TRABAJO

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS LABORALES. ALGUNOS APUNTES SOBRE FÓRMULAS

	Página
NORMATIVAS Y PROBLEMAS APLICATIVOS EN EL CONTEXTO IBEROAMERICANO.....	937
<i>Rodrigo Palomo Vélez</i>	
EL ARBITRAJE LABORAL EN ESPAÑA. DISEÑO NORMATIVO Y PROBLEMAS APLICATIVOS.....	951
<i>Eva Garrido Pérez</i>	
PANORAMA ATUAL DAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE TRABALHO NO BRASIL	981
<i>Fábio Túlio Barroso</i>	
NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MECANISMOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS.....	1001
<i>Francisco J. Tapia Guerrero</i>	
LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CON- FLICTOS EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES DE URUGUAY. PERFILES Y CARACTERÍSTICAS DE UN MODELO MIXTO	1015
<i>Hugo Fernández Brignoni</i>	
EL ARBITRAJE COMO PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES EN ESPAÑA.....	1033
<i>Jesús Cruz Villalón</i>	
EL SISTEMA INTERCONFEDERAL DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE LABORALES EN ESPAÑA: BALANCE DE UNA EXPERIENCIA	1057
<i>José María Goerlich Peset</i>	
AUTORREGULACIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS ME- DIANTE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ARGENTINA: UN CAMINO RECORRIÉNDOSE.....	1081
<i>Juan Pablo Mugnolo</i>	
LA CONCILIACIÓN EN LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA LABORAL MEXICANO	1099
<i>Patricia Kurczyn Villalobos y Oscar Zavala Gamboa</i>	
EL ARBITRAJE LABORAL COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN CHILE.....	1115
<i>Rodrigo Palomo Vélez</i>	
MEDIACIÓN LABORAL. EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE CONFLICTOS COLECTIVOS FUERA DE LA NEGOCIACIÓN	

INTRODUCTION

Página

COLECTIVA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO	1137
<i>Wendoling Silva Reyes</i>	

CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOM- SON REUTERS PROVIEW	1155
--	------

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

CAROLINA ANDREA RIVEROS FERRADA*

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza 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.

1. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos han ido ganando espacio en diferentes escenarios en el mundo jurídico, las diferentes disciplinas del Derecho valoran cada vez más la utilización de mecanismos colaborativos. Así, por ejemplo, en conflictos ambientales, comunitarios e incluso comerciales se destaca la utilización de la mediación¹. 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.

* Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Doctora en Derecho por la Ludwig-Maximilian-Universität, Múnich, Alemania. Dirección postal: Calle Santa Elena N° 2222, San Joaquín, Santiago de Chile. Código Postal: 8940583. Correo electrónico: criveros@utalca.cl. Coinvestigadora del Proyecto Anillo Programa: PIA SOC 1406, 2015-2018 titulado "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos como herramienta de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinario". Artículo publicado recientemente en la *Revista Familia y Derecho* N° 1, 2017, pp. 119-126.

¹ JEQUIER (2016), p. 121.

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 liga². 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 partes⁴. 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 hijos⁵. 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 potestad⁶. 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 formal⁷.

² VÁSQUEZ (2011), p. 15.

³ LETELIER (2016), p. 54.

⁴ LEPIN (2015), 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. Visitado el 18 de febrero de 2016: <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

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.

2. 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 aspiraciones⁸. 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 (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.

preparatoria en rebeldía de la demandada recurrente, dado que no compareció”. Visitado el 18 de febrero de 2016: <http://vlex.com/vid/villegas-rodriguez-eduardo-alfonso-569846446>.

⁸ GORJÓN (2001), p. 13.

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.

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: “*se 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 respecto 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 cónyuges¹¹. 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

⁹ LLOVERA y SALOMÓN (2009), p. 272.

¹⁰ Díez-PICAZO (1984), p. 93.

¹¹ CORRAL TALCIANI (2010), pp. 103-139.

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 de mutuo acuerdo son superiores a las causas de divorcio por culpa o divorcio unilateral¹².

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.

3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA LEY N° 19.968¹³

En términos generales, la mediación es un instrumento que colabora con las partes a resolver sus conflictos con la ayuda de un tercero¹⁴. 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*

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 el Registro Civil se inscribieron 63.749 matrimonios en el mismo período, 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. (http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/infografia_justicia_2014.pdf).

¹³ SALAZAR (2016), p. 9.

¹⁴ GORJÓN (2001), p. 13.

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 decisiones¹⁵.

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. Especialmente, porque lo que parece confundir la primera posición es la diferencia entre una política pública, a saber, la integración de la mediación orgánicamente al ordenamiento jurídico nacional, con la aplicación y tratamiento del propio instituto jurídico. Dicha diferencia es fundamental para comprender que al instaurar una mediación de carácter obligatoria se busca crear espacios para la aplicación de la mediación y que no sea simplemente letra muerta por su falta de conocimiento por parte de los ciudadanos. Ello de ninguna manera desnaturaliza a la mediación, nadie se ve obligado a asistir a sesiones de una mediación o a firmar un acuerdo.

La autonomía privada se ve también 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:

¹⁵ OBREQUE y TOBAR (2012), p. 163.

“Artículo 106 Ley N° 19.968. 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, por ejemplo, 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 infinitas y sólo dependen de las necesidades y lo flexibles que sean 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 relaciona 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.

4. 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 en el 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 CITADA

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010): “La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno”, en: CORRAL TALCIANI, Hernán (Editor): *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios* (Santiago, Cuadernos de Extensión, U. Andes, N° 18), pp. 103-139.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1984): *Familia y Derecho* (Madrid, Editorial Civitas).
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco (2001): “Medios alternativos de solución de controversias. Solución a la impetración de la Justicia”, en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje* (2001, N° 1), p. 13.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2016): “La mediación comercial como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación”, en *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), pp. 121-159.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2015): *Jurisprudencia del Derecho de Familiar: Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004-2014)* (Santiago, Thomson Reuters).
- LETETIER, Macarena (2016): “El desarrollo del arbitraje institucional en Chile”, en *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), pp. 53-68.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo (2009): *El derecho de la familia desde la Constitución Nacional* (Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L.).
- OBREQUE, Cristóbal y TOBAR, Jaime (2012): *La judicatura de familia* (Santiago, Thomson Reuters).
- SALAZAR, Mauricio (2016): “A 10 años del sistema nacional de mediación familiar en Chile” en *Revista de Mediación Familiar Chilena*, pp. 8-18.
- VÁSQUEZ PALMA, Ma. Fernanda (2011): *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing).