



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

# ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA III

TERCERAS JORNADAS NACIONALES  
FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO  
COORDINADORA



THOMSON REUTERS

# **ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA III**

**TERCERAS JORNADAS NACIONALES  
FACULTAD DE DERECHO PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE**

**CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO  
COORDINADORA**



**THOMSON REUTERS**



# ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA III

TERCERAS JORNADAS NACIONALES  
FACULTAD DE DERECHO PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO  
COORDINADORA

ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA III

TERCERAS JORNADAS NACIONALES

FACULTAD DE DERECHO PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

© CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO (COORDINADORA)

2018 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • [www.thomsonreuters.cl](http://www.thomsonreuters.cl)

Registro de Propiedad Intelectual N° 290.795 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 955 - 4

1ª edición junio 2018 Legal Publishing Chile

Tiraje: 300 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.

## MEDIACIÓN FAMILIAR Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES\*

CAROLINA RIVEROS FERRADA\*\*

### PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente trabajo se refiere a la mediación en casos de sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA) como una posibilidad que debe ser explorada en un conflicto de esta naturaleza, en consideración al aumento progresivo de normativa internacional, europea, latinoamericana que impulsa la mediación como un instrumento eficiente en la solución de conflictos. En este sentido, se examinarán los convenios internacionales atinentes al tema y se estudiarán las ventajas de la mediación frente a la sustracción internacional.

#### *Diversos convenios internacionales y normativa interna referidos a la sustracción internacional*

La problemática de la sustracción internacional de NNA se genera principalmente debido a la disconformidad en torno al régimen de custodia del NNA de uno de los padres, que le lleva a desarraigar al menor de su residencia habitual para poder estar permanentemente con él, desatendiendo el

---

\* Trabajo escrito en el marco 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" de cual participa como coinvestigadora.

\*\* Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.



régimen de custodia que ha sido previamente establecido. Es decir, en la gran mayoría de los casos se está en presencia de una sustracción interparental.<sup>1</sup> Blanco y Santacruz define esta clase de sustracción como: *“Aquella acción que realiza uno de los padres de un niño, niña o adolescente, mediante la sustracción, retención u ocultamiento, para impedir al otro progenitor el ejercicio de sus derecho de visita o custodia”*.<sup>2</sup>

Respecto de los instrumentos internacionales vinculados a la sustracción internacional de NNA es posible destacar el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores de 20 de mayo de 1980; el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980; Reglamento núm.2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.<sup>3</sup> Especialmente, respecto de Chile se suscribió un Convenio bilateral con la República Oriental del Uruguay sobre Restitución Internacional de Menores, que tiene por objeto la restitución de NNA que han sido retenidos de forma ilícita para que sean devueltos a su residencia habitual. Finalmente, es importante destacar que en el ámbito nacional la Corte Suprema publicó el 16 de enero de 2016 el Auto Acordado N° 205-2015 que modifica y refunde el texto del Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas.

Para el Convenio de La Haya de 1980 se considera como sujeto pasivo de la sustracción al menor de 16 años que tuviera su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita. La conducta ilícita reseñada en el artículo 3° de la Convención dice relación con el traslado o la retención de un menor bajo las siguientes circunstancias:

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ (2008) p. 113.

<sup>2</sup> BLANCO Y SANTACRUZ (2009) p. 257.

<sup>3</sup> CAAMIÑA (2011) p. 14.

a) *Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*

b) *Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

*El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.*

Es de vital importancia para el funcionamiento del Convenio que cada Estado contratante designe una Autoridad Central que se encargue de dar cumplimiento al Convenio y ejerza una serie de funciones, en torno a ellas, se destaca, especialmente el Artículo 7 c) que dispone de forma textual: “garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”. Esta función permite un ámbito de aplicación de la mediación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos que se presenta como idóneo para la solución de un conflicto parental.

Este es un tema muy actual en nuestro ordenamiento jurídico, que ha generado que la doctrina reaccione frente a resoluciones judiciales que al menos parecen discutibles.<sup>4</sup> De esta manera Etcheberry analiza un fallo de la Corte Suprema de 11 de marzo de 2014, rol N° 9869-2013, en el cual se rechaza el recurso de casación en el fondo, especialmente se cuestiona cómo se pondera el interés superior de la menor de la causa y se revisan las excepciones que autorizan al tribunal para dejar al menor en el lugar de refugio.<sup>5</sup> Al relatar lo sustantivo de los hechos expresa:

“La menor tiene diez años, es hija de las partes, tiene nacionalidad chilena y sus padres se encuentran separados.

La menor vive con la demandante y tiene su residencia habitual en Argentina hace cinco años. Se trasladó a Chile con el padre en enero de 2012, siendo

---

<sup>4</sup> LOVERA (2011) p. 108.

<sup>5</sup> ETCHEBERRY (2014) p. 399.



autorizada por la madre, por un plazo de treinta días, el cual se encuentra vencido.

Antes de esto, la niña vivía con el padre en Chile, y cuando fue de vacaciones con su madre, esta no la dejó volver.

En ambos casos, se produjo lo que el Convenio tipifica como retención ilícita, retención que no ha sido controvertida por las partes, por lo cual se tiene por acreditada”.

En este caso destaca Etcheberry que no tiene gran validez la opinión de la niña, que al ser preguntada desea permanecer en Chile y ello no es considerado y, lo segundo, al revisar la excepción establecida en el artículo 13 b) a saber: *“existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”* tampoco se consideró que el informe de DAM respecto de la niña expresaba: *“que la menor permanezca con el padre considerando que si regreso a Argentina la pone en riesgo físico y psicológico”*. También existen otros casos en los cuales al momento de permanecer fuera del país por una autorización del otro padre, la madre o padre que está con el NNA de vacaciones permanece en el extranjero configurando la retención o traslado ilícito. En estos casos es posible preguntarse si la mediación no hubiese sido una herramienta eficaz para la solución del conflicto.

Como ya se indicaba al comienzo de este trabajo, la disconformidad con el régimen de custodia o de visita por parte de uno de los padres, determinará la conducta ilícita. En este sentido surge como una alternativa preventiva en torno a la sustracción internacional el empleo de la mediación para poder buscar posiciones más cercanas entre los padres que desean compartir más tiempo con sus hijos. Asimismo, una vez acaecida la retención ilícita, la misma Convención de La Haya de 1980 permite buscar soluciones amigables para obtener la restitución del NNA. Para ello, se revisará a continuación cómo la mediación ha ido permeando en diferentes niveles normativos, para posteriormente analizar las ventajas de la utilización de la mediación familiar respecto de la sustracción internacional de NNA.



*Breve reseña de la incorporación normativa de la mediación como herramienta de solución de conflictos*

En torno a la mediación existen diversos instrumentos internacionales que promueven la utilización de soluciones amigables, también la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo promueve la mediación en materias civiles y comerciales, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores se refiere en su artículo 31 al acceso a la justicia y se fomenta la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias.<sup>6</sup> A nivel de Derecho Comparado en Europa distintos países han introducido una normativa de carácter general para el empleo de la mediación como, por ejemplo, Alemania, Francia, Italia, etc.<sup>7</sup> A nivel latinoamericano, han promovido la utilización de la mediación<sup>8</sup>, incluso estableciéndola de manera obligatoria, es el caso, por ejemplo, de Argentina con la Ley N° 24.537 que instituye la mediación prejudicial y obligatoria para un amplia gama de casos civiles y comerciales. En Costa Rica los mecanismos alternativos de solución de conflictos fueron acogidos tempranamente por medio de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 1998.

En Chile, la incorporación de la mediación se ha efectuado de forma inorgánica en diferentes disciplinas, careciendo de una regulación marco general. En el año 2004 se incorporó la mediación familiar con la Ley N° 19.968.<sup>9</sup>

En el artículo 103 de la Ley N° 19.968 referida a los Tribunales de Familia se define a la mediación indicando que es: *“aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”*. Asimismo, el artículo 106 de la Ley N° 19.968 se refiere a la mediación previa, voluntaria y prohibida. *Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho*

---

<sup>6</sup> HERRERA (2017) p. 6.

<sup>7</sup> GARCÍA-LONGORIA y SÁNCHEZ (2004) p. 264, AZCARRAGA (2013) p. 3, ORTUÑO (2013) p. 1.

<sup>8</sup> En Colombia, por ejemplo: MONTROYA y PUERTA (2012) p. 100.

<sup>9</sup> PALAVECINO (2011) p. 135. VARGAS (2004) p. 6.



*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 registrará 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.*

En primer lugar, tiene el carácter obligatorio asistir a la mediación en las materias referidas a alimentos, cuidado y relación directa y regular, por lo tanto, en caso de que los padres residan en Chile es obligatorio asistir a mediación.

Si una vez fijado el régimen de cuidado, la residencia de uno de los padres cambiase y se quiere obtener otra sentencia con un régimen distinto de cuidado personal y relación directa y regular, en dicho caso existiría una nueva causa y habría que asistir nuevamente a una mediación. En caso de padres de diferentes nacionalidades o de personas inmigrantes debiese



ser utilizada con mayor intensidad la herramienta de la mediación, puesto que, los problemas interculturales podrían eventualmente volver aún más complicado la determinación del régimen de cuidado de los hijos.

Ahora bien, para el caso de que ya exista una sustracción de un NNA la situación es diferente, ya que, allí se trata de recuperar al NNA que ha sido alejado de su residencia habitual. Como ya se ha indicado en líneas anteriores, la misma Convención de La Haya de 1980 abre la puerta en el artículo 7°c) ya antes citado, para revisar la alternativa de la mediación una vez acaecida la conducta ilícita. La pregunta que cabe hacerse es si mediación pudiese constituir un método eficaz para solucionar el conflicto de la retención ilícita. En términos generales, la mediación se caracteriza por ser una herramienta que acerca las posiciones de partes por medio de un tercero. Ello ha sido aplicado en Chile respecto de NNA que se encuentran domiciliados en Chile respecto a las materias de alimentos, cuidado personal y régimen de relación directa y regular. El hecho de que uno de los padres no se encuentre en Chile y retenga ilícitamente a su hija o hijo, no debiese ser un impedimento para la búsqueda de soluciones colaborativas, incluso el interés superior de NNA exige por parte de los Estados que los estándares aplicados a padres sean consistentes con el principio declarado universalmente en la Convención del Niño y en la normativa interna. Resulta especialmente adecuado en un conflicto de esta naturaleza, buscar una salida pacífica, ya que, la víctima de conflicto es una persona en desarrollo de sus capacidades.

La experiencia comparada, especialmente en Europa, ha desarrollado instancias de mediación para los conflictos de sustracción ilícita de NNA. Por lo tanto, la mediación definitivamente es una herramienta eficaz en el tratamiento de un conflicto de naturaleza familiar que posee un sinnúmero de aspectos que deben ser analizados para no perder de vista el bienestar del hijo o hija que está en medio del conflicto, para así brindarle a dicha persona una infancia más plena y feliz.

#### CONCLUSIÓN

Los conflictos relativos a sustracción internacional de NNA son una realidad que no se puede desconocer. Chile ha suscrito el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de



25 de octubre de 1980 y la Corte Suprema recientemente ha establecido de forma refundida mediante el Auto Acordado N° 205-2015 el procedimiento aplicable al Convenio de La Haya de 1980.

Asimismo, la búsqueda de soluciones colaborativas es una tendencia que va en aumento en los diversos ordenamientos jurídicos. La normativa europea, especialmente la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, promueve la mediación en materias civiles y comerciales, y ha contribuido a la ampliación de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Chile no ha estado ajeno a dicha tendencia mundial y en la Ley de Tribunales de Familia se incorporó la mediación familiar, existen diversos temas esenciales en materia de conflictos familiares que requieren de una mediación previa y obligatoria a la instancia judicial, entre ellos, se sitúa el tema de la custodia de los hijos.

La posibilidad de utilizar la mediación para evitar la sustracción internacional de NNA y la utilización de soluciones amigables, especialmente la mediación, en casos de retención ilícita de NNA, es una herramienta que debe ser explorada, porque Chile en materia de mediación lleva un vasto camino recorrido y sobre todo porque el bienestar de los hijos así lo requiere.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AZCÁRRAGA, Carmen (2013) “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, pp. 1-35.
- BLANCO Y SANTACRUZ (2009) “La restitución internacional de menores sustraídos por sus propios padres”, *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 2, pp. 257-280.
- CAAMIÑA, Celia (2011) “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 1, pp. 1-35.



- CORREA, Paula (2014) "Elementos para una política pública futura", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N° 2, pp. 111-138.
- ETCHEBERRY, Leonor (2014) "Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, pp. 399-405.
- GARCÍA-LONGORIA, María y SÁNCHEZ, Antonia (2004) "La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares", *Portularia*, N° 4, pp. 261-268.
- HERRERA, Ramón (2017) "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", *InDret*, N° 1-2017, pp. 1-23.
- JIMÉNEZ, Pilar (2008) *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 1ª ed.).
- LOVERA, Domingo y LENNON, Viviane (2011) "¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, pp. 105-141.
- MONTOYA, Miguel y PUERTA, Isabel (2012) "La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación", *Opinión Jurídica*, Vol. 11, N° 22, pp. 97-114.
- ORTUÑO, Pablo (2013) "La mediación en el ámbito familiar", *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 29, enero, pp. 1-23.
- PALAVECINO, Adriana (2011) "Calidad de la mediación familiar lícita: superando el modelo express", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N° 2, pp. 135-154.
- TARUD, Claudia (2013) "El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile", *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, pp. 115-132.
- VARGAS, Macarena (2004) "Los niños en la mediación familiar", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, N° 1, pp. 6-34.

#### NORMAS CITADAS

Ley N° 19.968 (30.08.2004), crea los Tribunales de Familia.