

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación familiar en Chile a la luz de la Ley N° 21.430

Participation of children and adolescents in family mediation processes in Chile in light of Law No. 21,430

Elcila Gizella Espinoza Ortega ¹ 

¹ Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca, Chile; Magíster en Derecho de Familia e Infancia, Universidad de Barcelona; Candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Talca, Chile.

Forma de citar: Espinoza-Ortega, Elcila Gizella. (2024). "Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación familiar en Chile a la luz de la Ley N° 21.430". En: *Revista CES Derecho*. Vol. 15. No. 1, enero a abril de 2024. pp. 31-52. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7512>

Resumen

Este trabajo estudia la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y goce pleno del derecho de niños, niñas y adolescentes a participar activamente en los procesos de mediación familiar en Chile, a la luz de la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. La autora se propone analizar el marco normativo vigente a tenor de los estándares internacionales derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante la aplicación del método dogmático, con la finalidad de aportar al reconocimiento de NNA como sujetos titulares de derechos. Se concluye que la regulación normativa de la mediación familiar en Chile resulta insuficiente para garantizar la participación real y efectiva de NNA, considerándose imprescindible su adecuación a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia.

Palabras claves: participación; mediación; derechos; infancia; adolescencia.

Abstract

This work studies the guarantee and comprehensive protection, the effective exercise and full enjoyment of the right of children and adolescents to actively participate in family mediation processes in Chile, in light of Law No. 21,430, on Guarantees and Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents. The author proposes to analyze the current regulatory framework in accordance with the international standards derived from the Convention on the Rights of the Child, through the application of the dogmatic method, with the purpose of contributing to the recognition of children and adolescents as subjects with rights. It is concluded that the regulatory regulation of family mediation in Chile is insufficient to guarantee the real and effective participation of children and adolescents, and its adaptation is considered essential in accordance with existing international human rights standards on the matter.

Keywords: participation; mediation; rights; childhood; adolescence.

Fecha correspondencia:

Recibido: 06 de octubre de 2023.

Revisado: 22 de diciembre de 2023.

Aceptado: 25 de enero de 2024.

DOI: 10.21615/cesder.7512

ISSNe: 2145-7719

<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho>



Introducción

A partir de la ratificación por Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño¹, todos los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA²), comenzaron a ser reconocidos como sujetos de derechos, convirtiéndose el Estado -como uno de los principales garantes, en virtud del artículo 5° de la Constitución Política de la República- en titular de la obligación de hacerlos respetar, asegurarlos, promover tales derechos y garantizar su pleno goce y ejercicio a través de mecanismos de exigibilidad, debiendo adoptar las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para darles efectividad.

De esta forma, cambia el paradigma en el tratamiento jurídico de la infancia y adolescencia, pasando desde la doctrina de la situación irregular hacia la protección integral, reconociendo el derecho que tienen los NNA a una protección especial, producto de su particular situación de vulnerabilidad, falta de madurez (Nogueira, 2017, p. 415), dependencia, autonomía, condición personal o situación específica en que se encuentran (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 30); siendo, además, personas en crecimiento y desarrollo.

Dentro de estos derechos, se encuentra el acceso a la justicia, reconocido como uno de los derechos humanos de mayor importancia (Cappelletti y Garth, 1996, p. 132), que permite la realización y efectivización de otros derechos (Defensoría de la Niñez, 2020, p. 408), siendo la participación activa de NNA un componente esencial (Contreras, 2023, p. 169) que no sólo constituye un derecho en sí mismo, sino que también, un principio rector que inspira la interpretación y aplicación de la Convención³.

En tal sentido, su incumplimiento no sólo vulnera los derechos de NNA que dicha Convención les reconoce, sino que, además, genera responsabilidades para el propio Estado ante el incumplimiento manifiesto de las obligaciones internacionales contraídas en virtud de ella, dentro de las cuales se encuentra su aplicación (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 2)⁴.

A su vez, un estudio realizado por Child Rights International Network, en materia de acceso a la justicia, a fin de revelar la situación mundial en relación con el cumplimiento de lo mandado por la Convención sobre los Derechos del Niño en las distintas legislaciones, constató que, para el año 2016, Chile se encontraba en el lugar 96 del ranking mundial (Defensoría de la Niñez, 2021, p. 409).

El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, ya en sus Observaciones Finales de 2015, manifestó al Estado de Chile su preocupación por el enfoque tutelar incompatible con un marco jurídico que reconozca y garantice sus derechos (Comité de los Derechos del Niño, 2018, p. 18).

Posteriormente, en el año 2018, el Comité advirtió a Chile acerca de ciertas causas estructurales que favorecieron, durante 40 años, la existencia de graves y sistemáticas violaciones de derechos de NNA, entre ellos, el derecho a expresar su opinión y ser escuchado, encontrándose nuevamente presente la visión tutelar de la infancia (Comité de los Derechos del Niño, 2018, p. 18).

¹ Chile suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño el día 26 de enero de 1990. Fue aprobada por el Congreso Nacional con fecha 10 de julio del mismo año, siendo ratificada ante Naciones Unidas con fecha 13 de agosto y promulgada como Ley el 14 de agosto de 1990, mediante Decreto Supremo N°830, bajo la Presidencia de don Patricio Aylwin Azocar. Finalmente, comienza a regir el 27 de septiembre de 1990 tras haberse concretado su publicación en el Diario Oficial.

² En todo el texto de la Ley N°21.430, para referirse a la niñez y la adolescencia, se utiliza la expresión “niños, niñas y adolescentes” -que es la denominación que utilizaremos en la presente investigación- superando así la denominación que la propia Convención sobre los Derechos del Niño restringe sólo a los “niños”, pretendiendo abarcar con ello a NNA (Henríquez, 2023, p. 3).

³ Junto al principio del interés superior del niño; el principio de igualdad y no discriminación; y el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, conforme a lo expuesto por Comité de los Derechos del Niño.

⁴ En efecto, ya en el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por unanimidad, en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile tras haberse violado por la Corte Suprema el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 89). Reiteró, en el punto 199 que, sea en el ámbito administrativo o judicial, deben tomarse en consideración las condiciones específicas de los niños y su interés superior para acordar la participación de estos en la determinación de sus derechos, debiendo ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 64).

En cuanto a los protagonistas de la presente investigación -los NNA- particularmente de nuestro país, como sujetos de derechos y desde su propia realidad, han sido claros en señalar que necesitan ser escuchados, que necesitan de espacios para expresarse de alguna forma⁵, como sujetos de derechos, de este “mundo de adultos” -como ellos le llaman-, de modo que se sientan parte activa e integrados efectivamente en él (Espinoza, 2020, p. 53).

Pues bien, dentro de los mecanismos jurídicos e institucionales que permiten efectivizar el acceso a la justicia a NNA se encuentra la mediación familiar, como una instancia eficaz, económica y rápida, abriéndoles la posibilidad de ser escuchados, de expresar sus opiniones y de tomar parte en las decisiones que les afecten (Almada, 2021, p. 78) como verdaderos sujetos de derechos.

No obstante, lo anterior, de la revisión de la normativa vigente que regula la materia en Chile, es posible constatar una evidente contradicción entre lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley N°19.968 -que regula los principios de la mediación- y los principios y derechos fundamentales que reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño. Particularmente, en lo que dice relación con el interés superior del niño y su derecho a ser oído, lo que incide directamente en la participación real y efectiva que NNA puedan tener en los procesos de mediación familiar.

A ello se le suma que, a partir del 15 de marzo de 2022, comenzó a regir en Chile la Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, cuyo objeto es la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los NNA, a quienes reconoce como sujetos de derechos.

De esta forma, es posible constatar la existencia de un verdadero problema jurídico de tipo normativo, de eficacia y suficiencia que justifica aún más la realización de la presente investigación, por cuanto la participación efectiva de NNA en los procesos de mediación familiar, conforme a la normativa vigente, no cumple con los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia.

Así, por ejemplo, en diciembre de 2021, un informe de satisfacción usuaria del Sistema Nacional de Mediación Familiar dio cuenta que la única referencia efectuada a la participación de NNA en tales procesos se planteó en cuanto a la evaluación de la figura del mediador y no desde la visión de los propios NNA. En efecto, el 72,5% manifestó estar satisfecho con el mediador en cuanto a la consideración de la opinión de los NNA involucrados en el conflicto (Ministerio de Justicia, 2021, p. 21)⁶.

Queda en evidencia, entonces, la existencia de vacíos o lagunas importantes de información, que dicen relación con la forma en que fueron tomadas en consideración las opiniones de los NNA, en qué momento del proceso, qué consecuencias tuvo y qué se tuvo en consideración para evaluar su interés superior, conforme a la Convención de los Derechos del Niño; no constando informes posteriores referentes a la materia.

Por otra parte, la realidad nos muestra que, por regla general, NNA aún son excluidos de los procesos de mediación familiar (Ravetllat, 2019, p. 13), visualizándose desde una mirada adultocentrista, más no como verdaderos sujetos de derechos, exponiéndose a la posibilidad de llegar a sufrir victimización secundaria en el ámbito judicial (Carretta y García-Quiroga, 2021, pp. 493-494), tanto por parte de los propios adultos a cargo

⁵ “Nos gusta que nos escuchen, que nos pregunten. Necesitamos ser escuchados, necesitamos de espacios para expresarnos de alguna forma. El gobierno y las instituciones pueden tener muchas ideas, pero necesitan nuestra voz”. Declaración de Constitución, Chile, derivada de Pre Congreso Mundial de Constitución titulado “La infancia y la adolescencia primero: Mito o realidad”, organizado por CEDIA de la Universidad de Talca, OPD Constitución-Empedrado, Ilustre Municipalidad de Constitución y Sename Región del Maule; expuesta en VIII Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Málaga, España, 2018; entregada por los propios NNA, personalmente, a Presidente de la República de ese entonces, don Sebastián Piñera Echeñique; a Defensora de la Niñez, en Subsecretaría de la Niñez y en Servicio Nacional de Menores (Espinoza, 2020, p. 51).

⁶ La Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es la encargada de administrar el Sistema Nacional de Mediación Familiar, conforme lo establecido en el artículo 114 de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia y sus modificaciones posteriores. En este contexto, debe velar permanentemente por ofrecer una prestación del servicio con estándares tanto legales como técnicos, por medio de la contratación de mediadores/as en todas las regiones del país.

como del mismo sistema judicial, ante las condiciones específicas en que se puedan dar⁷.

A su vez, no existe conciencia de la importancia de resolver los conflictos familiares de manera cooperativa, todo lo cual ha impedido que la mediación familiar cumpla de manera cabal su rol como instancia idónea para la solución alternativa de conflictos (Ramírez, 2019, p. 81).

En tal sentido, podemos afirmar que la regulación normativa de la mediación familiar en Chile resulta insuficiente para garantizar la participación real y efectiva de NNA, considerándose imprescindible su adecuación a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia.

De este modo, la pregunta de investigación que intentaremos responder en el presente trabajo es la siguiente: ¿La normativa vigente en Chile que regula la mediación familiar, garantiza a NNA una participación real y efectiva, a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia?

A modo específico: ¿Cómo se encuentra regulada jurídicamente la mediación familiar en Chile? ¿Qué estándares mínimos debería establecer dicha regulación para garantizar la participación real y efectiva de NNA? ¿Cuáles son los beneficios y desventajas de la participación de NNA en los procesos de mediación familiar? ¿Qué condiciones permitirían garantizar una real y efectiva participación de los NNA en procesos de mediación familiar, a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia?

Para responder a estas preguntas, se emplea la metodología cualitativa, reflejada en una investigación descriptiva, de carácter bibliográfica y documental, respaldada en fuentes secundarias, emanadas de estudios, doctrina, normativa jurídica y jurisprudencia.

Pues bien, el objetivo general del presente trabajo consiste en determinar si la regulación normativa de la mediación familiar en Chile resulta suficiente para garantizar una participación real y efectiva de NNA, a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia.

Los objetivos específicos, por su parte, son los siguientes: En primer lugar, analizar el ordenamiento jurídico en que se encuentra regulada la mediación familiar en Chile, a fin de establecer estándares mínimos que permitan garantizar la participación real y efectiva de NNA. En segundo lugar, identificar los beneficios y desventajas de la participación de NNA en los procesos de mediación familiar. En tercer lugar, determinar qué condiciones permitirían garantizar una real y efectiva participación de los NNA en procesos de mediación familiar, a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia.

1. Aspectos generales de la mediación familiar

La mediación es un método de resolución de conflictos voluntario en el cual un tercero imparcial ayuda a los participantes a resolver sus diferencias. El rol del mediador consiste en facilitar el diálogo entre los participantes, promoviendo el entendimiento, ayudarlos a identificar sus intereses y a indagar en forma creativa acerca de las distintas posibilidades que les permitan solucionar sus asuntos satisfactoriamente (Colegio de Mediadores de Chile A.G., 2020, p.1).

De esta forma, la mediación familiar, como forma alternativa de resolución de conflictos, se constituye en uno de los mecanismos más útiles y efectivos para la solución de una controversia jurídica, evitando los costos monetarios y emocionales que involucra un procedimiento judicial, más aún cuando se encuentran involucrados NNA (Alarcón, 2015, p. 12), pudiendo llegar incluso a sufrir victimización secundaria en dicha instancia judicial (Carretta, García-Quiroga, 2021, pp. 493-494).

En tal sentido, el restablecimiento del diálogo se configura como un objetivo esencial de la mediación, a fin de que las partes puedan determinar las mejores soluciones en pro de su interés y el de sus hijos (Pinto, 2019, p. 330); siendo una instancia complementaria a la labor de los tribunales de justicia (Contreras, 2021, p. 44).

A su vez, destacan como objetivos la obtención de soluciones a corto plazo -versus la demora excesiva que implica la tramitación de un procedimiento judicial-; la mantención de la privacidad del conflicto; evitar la exposición de NNA a escenarios emocionales difíciles; la construcción de mutuos acuerdos, que una vez presentados al tribunal de familia podrían tener valor de sentencia judicial -versus la imposición unilateral de una solución por parte de un juez; así como también, mejorar la comunicación y las relaciones interpersonales (Ravetllat, 2019, p. 10).

Pues bien, es una realidad que el modelo judicial y administrativo existente en nuestro país no cuenta con los recursos y/o herramientas suficientes para resolver todos los conflictos familiares que diariamente se suscitan (Riveros, Ravetllat, 2018, p. 421), de manera oportuna y eficaz; generándose largas esperas para lograr ser atendidos por algún programa de apoyo; o incluso, debiendo esperar meses para la realización de una audiencia o días para obtener la dictación de una resolución judicial, todo lo cual genera desgaste emocional en los integrantes del grupo familiar y muy principalmente, para NNA.

De este modo, la mediación familiar representa una valiosa oportunidad en el ámbito de la prevención y tratamiento de los conflictos familiares, donde se acentúe la responsabilidad de las personas en la gestión de sus controversias; y no sólo una alternativa a la resolución de conflictos (Riveros, Ravetllat, 2018, p. 421), especialmente en períodos de reorganización y/o cambio, evitándose así la judicialización de situaciones que podrían enfrentarse en una instancia previa (Trevis, 2016, p. 57).

2. Marco normativo sobre mediación familiar y derechos de la infancia y la adolescencia

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, atribuyéndole un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los NNA por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 151).

En tal sentido, la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y goce pleno del derecho de NNA a participar activamente en los procesos de mediación familiar, permite visualizarlos como verdaderos sujetos de derechos en cumplimiento del principio de su interés superior, de su autonomía progresiva y de su derecho a ser escuchado, reconocidos a nivel interno hace ya 33 años, desde que Chile ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño.

Más aún a partir del 30 de agosto del año 2004, al regularse la mediación familiar en el ámbito interno, a través de los artículos 103 a 114 del título V de la Ley N°19.968, -que crea los Tribunales de Familia-, y muy principalmente, a partir del 15 de marzo de 2022, al comenzar a regir la Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia.

De esta forma, resulta fundamental que la regulación normativa interna de la participación de NNA en los procesos de mediación familiar se adecúe seriamente conforme a los estándares internacionales de la Convención sobre los Derechos del Niño, de modo que los deseos, necesidades e intereses que puedan manifestar; la visión que presentan del conflicto familiar, así como la forma en que les gustaría que se resolviera (Ravetllat, 2019, pp. 15-16) prevalezcan por sobre los derechos e intereses de los adultos (Contreras, 2021, p. 44) como ciudadanos de presente.

2.1 Estándares internacionales de derechos humanos

2.1.1. Derecho del NNA a ser oído

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12.1 consagra el derecho de todo NNA, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta debidamente sus opiniones, en función de su edad y madurez.

La Observación General Nº12 del Comité de los Derechos del Niño, refiere al respecto, que la expresión “garantizarán” contemplada en dicho artículo, es un término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados parte.

De esta forma, recae sobre el Estado de Chile la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los NNA, la cual se compone de dos elementos: la existencia de mecanismos para recabar sus opiniones sobre todos los asuntos que los afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones (Comité de los Derechos del Niño, 2009, p. 9).

Ahora bien, como todo derecho, su ejercicio no es una obligación, por lo que NNA pueden libremente decidir no expresarse, siendo relevante que hayan contado con toda la información necesaria para adoptar una decisión, condición imprescindible para que existan decisiones claras por su parte (Comité de los Derechos del Niño, 2009, pp. 8-10).

A su vez, el propio artículo 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho del NNA a expresar su opinión, siendo capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente, demostrando su capacidad de comprender, elegir y tener preferencias aún a través del juego, la expresión corporal y facial; el dibujo y la pintura (Comité de los Derechos del Niño, 2009, pp. 8-11).

En su artículo 12.2, por su parte, la Convención manifiesta en forma expresa la oportunidad que deben tener los NNA de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Destaca, al respecto, en la Observación General Nº12, que ambos procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación, instando a los Estados a introducir medidas legislativas donde se exija a los responsables de adoptar decisiones en tales procedimientos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones de NNA y las consecuencias para ellos (Comité de los Derechos del Niño, 2009, p. 12).

En cuanto a los procesos en que sean escuchados o participen NNA, Comité de los Derechos del Niño refiere que deben ser transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados, influyentes, apoyados en la formación, seguros y responsables (Comité de los Derechos del Niño, 2009, pp. 31-33)⁸.

⁸a) Transparentes e informativos. Se debe dar a los NNA información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta y acerca del modo en que tendrá lugar esa participación y su alcance, propósito y posible repercusión. b) Voluntarios. Jamás se debe obligar a los NNA a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento. c) Respetuosos. Se deben tratar las opiniones de los NNA con respeto y siempre se debe dar a los NNA oportunidades de iniciar ideas y actividades. d) Pertinentes. Las cuestiones respecto de las cuales los NNA tienen derecho a expresar sus opiniones deben tener pertinencia auténtica en sus vidas y permitirles recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidad. e) Adaptados a los NNA. Los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los NNA. f) Incluyentes. La participación debe evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los NNA marginados, tanto niñas como niños, puedan participar. g) Apoyados en la formación. Los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación de los NNA. h) Seguros y atentos al riesgo. En algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los NNA con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los NNA sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa. i) Responsables. Es esencial el compromiso respecto del seguimiento y la evaluación. Los NNA tienen derecho también a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado.

Refiere, además, el Comité, que la aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige la adopción de cinco medidas para hacer efectivo el derecho a ser escuchado, las que deben aplicarse de manera adecuada para el contexto de que se trate: preparación⁹, audiencia¹⁰, evaluación de la capacidad del NNA¹¹, información sobre la consideración otorgada a las opiniones del NNA¹²; y quejas, vías de recurso y desagravio (Comité de los Derechos del Niño, 2009, pp. 13-14).

Agrega, también, que el derecho del NNA a ser escuchado impone a los Estados parte la obligación de revisar o modificar su legislación para introducir los mecanismos que den acceso a los NNA a la información pertinente, el apoyo adecuado en caso necesario, información sobre la consideración otorgada a las opiniones del NNA y procedimientos de denuncia¹³, recurso o desagravio (Comité de los Derechos del Niño, 2009, p. 15).

En tal sentido, dicho Comité, menciona, a la vez, su preocupación que con frecuencia se deniegue a los NNA el derecho a ser escuchados, incluso siendo evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto.

Pues bien, según la doctrina, dos serían las finalidades de la Observación General N°12: asegurar que la participación del NNA no produzca consecuencias negativas a sus relaciones familiares o a su integridad física o psíquica; y que los mecanismos a través de los cuales se asegure el derecho del NNA a ser oído permitan conocer el genuino parecer¹⁴ de éste (Etcheberry, Fuentes, 2017, p. 127).

Destaca, además, que no es posible construir el interés superior de un NNA si éste no ha sido escuchado; lo cual no significa que su interés tenga forzosamente que coincidir con lo que él declare, pero tampoco obsta a que sea necesario tomar en cuenta el interés superior como uno de los elementos más importantes (Etcheberry, Fuentes, 2017, p. 114).

A su vez, los NNA deben tener garantizada la posibilidad de emitir libremente sus opiniones, debiendo los adultos tomarlas debidamente en consideración, aunque no sean compartidas por ellos; así como también, de intervenir y conocer el motivo de la resolución adoptada (Ravetllat, 2019, p. 17).

Por otra parte, el derecho a ser oído se ha entendido también como un derecho de participación de los NNA, al mencionar la Observación General N°12, que se trata de una participación que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo (Vargas, Correa, 2011, p. 179).

⁹ Los responsables de escuchar al NNA deben asegurarse de que esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el NNA debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al NNA antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tener en cuenta las opiniones del NNA a ese respecto.

¹⁰ El contexto en que el NNA ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el NNA pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que haya decidido comunicar. La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que el NNA no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.

¹¹ Las opiniones del NNA deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis caso por caso indique que es capaz de formarse un juicio propio. Si el NNA está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del NNA como factor destacado en la resolución de la cuestión.

¹² Dado que el NNA tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informarle del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al NNA es una garantía de que sus opiniones no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al NNA a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta; o, en el caso de un procedimiento administrativo, presentar una apelación o una denuncia.

¹³ Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los NNA procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado. En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los NNA, estos deben tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad.

¹⁴ Por "genuino parecer" se refieren a que las condiciones en las cuales el NNA ejerza su derecho a ser oído estén libres de dificultades o de situaciones que impidan, obstaculicen o distorsionen su opinión respecto de la causa en que se ve involucrado. En este sentido, un entorno hostil al momento de ser escuchado no sólo puede generar que el NNA sufra algún perjuicio psicológico o emocional al momento de declarar, sino que puede impedir que declare o que, cuando lo haga, carezca de la tranquilidad suficiente para dar su opinión de la forma más clara posible (Etcheberry, Fuentes, 2017, p. 127).

De este modo, la Convención sobre los Derechos del Niño nos impone el desafío de transformar a los NNA de menores a ciudadanos, requiriendo, además del reconocimiento normativo de la calidad de titulares de derechos, de mecanismos específicos que les permitan asegurar que tales derechos serán efectivamente ejercidos (Villavicencio, 2017, p. 382). En este caso, a través de los procesos de mediación familiar.

2.1.2. Principio del interés superior del niño

El interés superior del niño se consigna a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Niño del año 1959 y constituye el criterio fundamental en la toma de decisiones que afecten los derechos de NNA siendo su objetivo, en opinión del Comité de los Derechos del Niño, garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del NNA (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 4).

Se encuentra reconocido en el artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual, en todas las medidas concernientes a los NNA que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Ahora bien, dicha Convención no entrega una definición de “interés superior del niño”, así como tampoco menciona indicadores de lo que podría entenderse como tal, dejando su interpretación al buen hacer y juicio de la persona, institución u organización encargada de su aplicación (Ravetllat, Pinochet, 2015, p. 915).

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño refiere que dicho concepto es dinámico, complejo, flexible y adaptable, debiendo ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta de los NNA afectados; teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 10).

De esta forma, a fin de unificar criterios de lo que podría entenderse como tal, al ser considerado como un concepto jurídico indeterminado, mediante su Observación General N°14, dicho Comité refiere que implica un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

Por ende, del análisis jurídico que realiza dicho Comité del artículo 3, párrafo 1 de la Convención, se desprende, en primer lugar, que se trata de un “derecho”, al referir que en cualquier medida que tenga que ver con NNA, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá, considerando como tal no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 7).

Como refiere la doctrina, en cuanto a la solución de conflictos, el principio del interés superior del niño puede verse desde dos puntos de vista: primero, como que debe preferirse aquella solución que desarrolle de mejor manera los derechos de la infancia en un conjunto o como un todo; y segundo, en virtud de la cual nunca una causa que afecta a un NNA se verá en forma aislada o sin relación a otros sujetos que, principalmente, serán sus padres (Carretta, Barcia, 2021, p. 44).

En segundo lugar, Comité de los Derechos del Niño refiere que el interés superior del niño se trata de un “principio jurídico interpretativo fundamental”, por cuanto si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”, considerando todos los derechos contenidos en la Convención (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 4).

Y, en tercer lugar, como una “norma de procedimiento”, en virtud de la cual la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales que garanticen su aplicación de manera objetiva y seria, debiendo justificar la decisión adoptada cómo se ha tenido en cuenta tal principio, en qué criterios se basó la decisión y cómo se llevó a cabo la ponderación de los intereses del NNA frente a otras consideraciones.

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño establece como garantías procesales, el derecho del NNA a expresar su propia opinión, la determinación de los hechos, la percepción del tiempo, los profesionales cualificados, la representación letrada, la motivación jurídica, los mecanismos para examinar o revisar las decisiones y la evaluación del impacto en los derechos del NNA.

Cabe destacar, además, que el Comité considera una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño: La opinión del NNA, la identidad del NNA, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad del NNA; la situación de vulnerabilidad, el derecho del NNA a la salud y el derecho del NNA a la educación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, señala que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los NNA y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 61).

En tal sentido, la mediación familiar no escapa de la visión holística y comprensiva del interés superior del niño como la plena satisfacción de sus derechos (Cillero, 1997, p. 52), siendo uno de sus mandatos precisamente buscar la satisfacción recíproca de los intereses de todos los participantes de un modo mutuamente aceptable. De este modo, una solución que se ajusta al interés superior del niño será aquella que mejor proteja o satisfaga sus derechos como NNA (Vargas, 2002, p. 153).

La amplitud de este principio, por tanto, conlleva a una participación efectiva de los NNA en los procesos de mediación familiar (Ravetllat, 2019, p. 18), entendiendo que el objetivo principal no es sólo el acuerdo entre las partes, sino que dicho acuerdo sea beneficioso y eficaz para todos los integrantes del grupo familiar, donde el NNA sea el centro de atención y donde sus intereses puedan primar por sobre los intereses personales de los padres o adultos intervinientes (Alarcón, 2015, p. 41).

De este modo, las decisiones que tomen los padres en el proceso de mediación generan tal impacto en la vida de los NNA, que incluso podrían llegar a determinar una situación de hecho que perdurará en el tiempo, tornándose permanente (Alarcón, 2015, p. 18).

2.1.3. Principio de autonomía progresiva

De conformidad al artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres u otras personas encargadas legalmente del NNA de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el NNA ejerza los derechos reconocidos en ella.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General N°7, señala que el artículo 5 de la Convención se basa en el concepto de evolución de las facultades para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los NNA adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor (Comité de los Derechos del Niño, 2005, p. 9).

Ahora bien, conforme a lo mencionado por la doctrina, la autonomía progresiva se refiere a la capacidad y facultad del NNA para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente al derecho-deber de los progenitores o adultos responsables de su dirección y orientación. Implica, por ende, reconocerles la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como, asimismo, la posibilidad de no ejercerlo, si así lo desean (Vargas, Correa, 2002, p. 182).

De esta forma, debe ser evaluada caso a caso, tomando en cuenta su grado de madurez, tanto psíquica como social y culturalmente; por cuanto cada NNA es único, destacando entre los parámetros de evaluación, la familia, el lugar en que vive, la educación, el medio en el que se desarrolla y la situación económica (Gómez de la Torre, 2018, p. 120).

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce que la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 75).

Pues bien, la participación de los NNA en procesos de mediación familiar, referente a su autonomía progresiva como sujetos de derechos, se relaciona directamente con un principio fundamental que establece la Convención sobre los Derechos del Niño: la participación de los padres como los primeros y prioritarios protectores de sus hijos (Viveros, 2002, p. 172).

A su vez, una infancia y adolescencia protagonista implica necesariamente la participación activa de los NNA en su entorno más cercano (Ravetllat, 2020, p. 307); en este caso, en los procesos de mediación familiar.

En definitiva, los adultos deben entregarle información y orientación adecuada, en un lenguaje y forma comprensibles (Ravetllat, 2019, pp. 16-17), debiendo ser escuchados en los asuntos que puedan afectar su vida presente y futura, favoreciendo con ello su aptitud para participar, de manera consciente, en la toma de decisiones que afecten o repercutan en su desarrollo integral (Vargas, Correa, 2002, p. 269).

2.2. Estándares nacionales

2.2.1. Ley Nº19.968 que crea los Tribunales de Familia

De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley Nº19.968, esta tiene por objetivo garantizar a todos los NNA que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías; consagrando, además, que el interés superior del NNA y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento (Ministerio de Justicia, Ley 19.968 de 2004).

En cuanto a la mediación familiar en Chile se encuentra definida en el artículo 103 de la Ley Nº19.968 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 acuerdos (Ministerio de Justicia, Ley 19.968 de 2004).

En cuanto a las materias sometidas a un proceso de mediación, 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 deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda.

Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes, salvo los asuntos relativos al estado civil de las personas, la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos sobre adopción (Ministerio de Justicia, Ley 19.968 de 2004).

Ahora bien, respecto a los principios por cuyo cumplimiento deberá velar el mediador durante todo el proceso

de mediación, la ley citada contempla la igualdad¹⁵, la voluntariedad¹⁶, la confidencialidad¹⁷, la imparcialidad¹⁸, el interés superior del niño y la opinión de terceros¹⁹ (Ministerio de Justicia, Ley 19.968 de 2004).

A su vez, particularmente, en lo referido al interés superior del NNA, dicha ley refiere en el artículo 105 letra e) que el mediador velará siempre por que se tome en consideración, en su caso, “pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación”.

De esta forma, conforme a la disposición citada, queda en evidencia, que el ejercicio efectivo y la garantía del derecho de los NNA a ser oídos y a participar activamente en los procesos de mediación familiar quedó entregado por el legislador al mediador -pudiendo ser percibido como un órgano apropiado, dadas sus características-, quien ponderará la situación de hecho que se le plantea, para luego, con la información que disponga poder evaluar la necesidad de oír al NNA dentro de un margen estrecho de apreciación (Pinto, 2019, p. 329).

En tal sentido, el interés superior del niño, su derecho a ser escuchado, a participar activamente de procesos de mediación familiar e incluso de poder decidir si ejercerlos o no, depende de las propias percepciones, experiencias personales y prejuicios del mediador, predominando su propia óptica vital e ideología como adulto por sobre las necesidades, sentimientos y valores que puedan tener los NNA (Ravetllat, 2020, p. 311).

Se denota, de este modo, una evidente contradicción en la normativa vigente, puesto que, si bien por una parte busca resguardar el interés superior del niño, por otra parte, lo transgrede, infringiendo abiertamente el legítimo derecho del NNA a ejercer sus derechos de forma autónoma (Campos, 2015, p. 7).

A su vez, la exclusión generalizada de los NNA de los procesos de mediación familiar da cuenta de una visión arcaica de la infancia y la adolescencia, donde NNA son considerados como objeto de protección y, por tanto, incompetentes para velar por sus propios intereses, siendo los adultos quienes deben decidir por ellos para protegerlos (Ravetllat, 2019, p. 23).

Por otra parte, no existe justificación alguna al tratamiento diferenciado que se realiza a partir de la norma referida en cuanto a la limitada participación de NNA en procesos de mediación versus su regulación en sede jurisdiccional, donde el derecho a ser oído sí se encuentra regulado (Ravetllat, 2019, p. 15).

De esta forma, no queda claro, en virtud de la regulación actual de la mediación, cómo se garantiza el respeto al principio del interés superior del niño en aquellos casos en que el NNA deba ser oído, quedando a criterio del mediador su determinación (Paredes, 2012, p. 216).

Pues bien, consta al respecto, en informe de satisfacción usuaria del Sistema Nacional de Mediación Familiar,

¹⁵ En virtud del cual el mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación (Artículo 105, letra a), Ley N°19.968).

¹⁶ Por el que los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión, o en cualquier otro momento durante el procedimiento, alguno de los participantes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se tendrá por terminada (Artículo 105, letra b), Ley N°19.968).

¹⁷ Por el cual el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal. Nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo. Con todo, el mediador quedará 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, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención (Artículo 105, letra c), Ley N°19.968).

¹⁸ Lo que implica que los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, debiendo abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso, justificándose ante el juzgado que corresponda. Los involucrados podrán también solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida (Artículo 105, letra d), Ley N°19.968).

¹⁹ En virtud del cual, el mediador velará para que se consideren las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar (Artículo 105, letra f), Ley N°19.968).

realizado en diciembre de 2021, que la única referencia efectuada a la participación de NNA en los procesos de mediación familiar de ese entonces, se hizo en relación a la pregunta respecto a la evaluación del mediador, de ¿qué tan satisfecho/a está con el/la mediador/a en cuanto a la consideración de la opinión de los NNA involucrados en el conflicto?, arrojando un resultado de 72,5% satisfacción usuaria neta (Ministerio de Justicia, 2021, p. 21).

No obstante, lo anterior, no queda claro en dicho informe de qué forma y bajo qué mecanismos se obtuvo dicha opinión por parte del mediador; en qué momento del proceso de mediación fue entregada dicha opinión; de qué manera fue considerada y de qué forma se garantizó el respeto del principio de su interés superior.

2.2.2. Ley Nº21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia

La Ley Nº21.430, junto con reconocer a los NNA como sujetos de derechos (artículo 6), establece que la familia – núcleo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros – es la primera encargada de respetar, promover y proteger los derechos de los NNA (artículos 2 y 9).

Menciona, además, que toda persona, institución o grupo debe respetar, facilitar, promover y velar activamente por el ejercicio de los derechos de los NNA, debiendo respetar siempre el interés superior del NNA, así como también, adoptar las políticas, planes y acciones necesarias para esos fines (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

En cuanto a las garantías orientadas a asegurar el respeto y debida consideración del interés superior del niño, la ley citada reconoce la igualdad de condiciones a todo NNA, para lo cual resulta imprescindible considerar el interés superior de cada NNA, de cada decisión que se adopte (Godoy, 2022, p. 76).

Para tal efecto, el artículo 7 de la misma reconoce el interés superior del NNA como un derecho, un principio y una norma de procedimiento, basado en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios NNA en una situación concreta; reconociendo, además, el derecho que tiene todo NNA a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior.

De esta forma, entiende dicha norma, como interés superior del NNA, la “máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías que la misma reconoce, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado” (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

Por tanto, conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, se deberá elegir siempre aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del NNA; debiendo los procedimientos guiarse por garantías procesales para asegurar su correcta aplicación, que exige procedimientos transparentes y objetivos que concluyan en decisiones fundamentadas con los elementos considerados para efectivizar los derechos de los NNA involucrados.

De este modo, para su determinación, se deberán considerar las siguientes circunstancias específicas de cada NNA: los derechos actuales o futuros del NNA que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad; la opinión que el NNA exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiera manifestarla; la opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente; el bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del NNA; la identidad del NNA y las necesidades que de ella se derivan, sean estas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico.

Se deberá contemplar, también, la autonomía del NNA y su grado de desarrollo; cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el NNA que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del NNA considerando su entorno de vida; y otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

Es relevante mencionar, también, que la consideración prioritaria de su interés superior está ligada al artículo 16 de la Ley N°21.430, que establece la prioridad que debe darle el Estado a las políticas públicas, acceso y atención en servicios sociales a los NNA.

Por otra parte, en cuanto al derecho a ser oído, la Ley N°21.430 entrega una serie de instrucciones de operativización y efectividad, dada la importancia que tiene para la efectiva materialización del sistema que pretende proteger a NNA, representando el artículo 28 de la norma un enorme desafío por los estándares de aplicación y requisitos que fija para lograr su cumplimiento (Ibáñez, 2023, p. 17).

De esta forma, se consagra expresamente el derecho de todo NNA a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo con su edad, madurez y grado de desarrollo, en los procedimientos o actuaciones administrativas o judiciales en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pueda afectar sus derechos o intereses.

Se establece, además, que en el ejercicio de tal derecho se resguardarán las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación; además, que los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, velarán para que en los procedimientos en que participe directamente un NNA existan medios adecuados a su edad, madurez y grado de desarrollo, con el objeto que este pueda formarse un juicio propio y expresarlo.

A su vez, se consagra que, especialmente, velarán por el empleo de un lenguaje y entrega de información necesaria de un modo adecuado a su capacidad de entendimiento y procurarán que se tengan en cuenta las necesidades lingüísticas de los NNA pertenecientes a grupos que lo requieran.

Finalmente, se menciona, que los NNA podrán manifestar su opinión por sí mismos o a través de la persona que designen; y que, en los casos en que esto no fuere posible, los órganos de la Administración dispondrán de las medidas necesarias para el cumplimiento del derecho, debiendo establecer mecanismos efectivos para garantizarlo (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

En cuanto a la autonomía progresiva, el artículo 11 de la Ley N°21.430 consagra expresamente que todo NNA podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales.

Refiere, además, que durante su proceso de crecimiento los NNA van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras, junto con un aumento paulatino de su capacidad de responsabilización y toma de decisión respecto de aspectos que afectan su vida; pudiendo verse afectado no sólo por la edad, sino también por aspectos culturales y por las experiencias individuales y colectivas que configuran su trayectoria de vida.

En tal sentido, agrega la normativa vigente, que los NNA tienen derecho a ser protagonistas activos de sus vidas, para lo cual requieren experimentar el balance permanente entre la autonomía para el ejercicio de sus derechos y la necesidad simultánea de recibir protección (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

En relación con la efectividad de los derechos, el artículo 12 consagra que es deber del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos

que le son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

Pues bien, dentro de ellos se encuentra el derecho a la participación contemplado en el artículo 32 de la ley mencionada, el cual reconoce que todo NNA tiene derecho a participar activamente en los asuntos que les conciernan o les afecten, de conformidad con la ley (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

El artículo 35, por su parte, reconoce el derecho que tiene todo NNA a ser informado, de acuerdo con su edad, madurez y grado de desarrollo, y de modo comprensible, sobre cualquier actuación o medida que pueda afectar el ejercicio de sus derechos, y a acceder a la información pública, conforme a la ley, sin que a este respecto tenga aplicación incapacidad alguna (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

Mediante el artículo 50 inciso 1º, a su vez, reconoce el derecho de todo NNA a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se le respeten las garantías de un proceso racional y justo, y se le aseguren, entre otros, el derecho a ser oído, el derecho a ser informado del procedimiento aplicable y de los derechos que le corresponden en el proceso, entre otros (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

No obstante, lo anterior, si se compara la Ley de Garantías con la Ley Nº19.968 en cuanto al interés superior del niño queda en evidencia que ambas sólo se limitan a normarlo sin determinar el procedimiento; no se explicita el razonamiento jurídico y el órgano o instancia mediante la cual se debe exigir su cumplimiento, no siendo suficiente, en definitiva, poder explicitarlo si no tiene un contenido de base (Godoy, 2022, p. 59).

Se percibe, a su vez, que los NNA siguen siendo considerados desde una mirada adultocrática donde no se les consulta y rara vez sus opiniones son consideradas; los procesos de mediación en Chile no se perciben de forma clara y visible como reales espacios de participación de NNA; se constatan contradicciones normativas evidentes en cuanto a la aplicación del interés superior del niño; y NNA no cuentan con mecanismos que les permita expresar sus temores, sentimientos, deseos y necesidades, lo que no se condice con su calidad de sujetos de derechos, así como tampoco, con su interés superior (Godoy, 2022, p. 67).

De esta forma, tales vacíos y deficiencias en la Ley referida ponen de manifiesto el alto grado de invisibilidad en el que se encuentran los NNA, destacando como una de las falencias más significativas la forma de abordar la participación efectiva y eficaz en instancias donde se discutan y adopten decisiones que incidirán en su vida, como son los procesos de mediación familiar.

Más aún si el objetivo principal de esta ley es garantizar el efectivo ejercicio y goce de los derechos de NNA; y el otorgamiento de una protección integral, no existiendo mecanismos que brinden aseguramiento a los objetivos que la misma ley reconoce; quedando, en definitiva, el sistema integral de garantías que se pretendía instaurar en una mera declaración (Godoy, 2022, p. 79).

2.2.3. Jurisprudencia

Tribunal de familia de Coquimbo, en materias de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, ha demostrado altos estándares en sentencias de homologación de acuerdos arribados en procesos de mediación familiar, destacando por su innovadora aplicación de las instituciones jurídicas de protección especial del NNA (Pinto, 2019, p. 331)²⁰.

²⁰ Así, causa RIT M-1026-2014, que señala: “2º En cuanto a las materias de cuidado personal y de relación directa y regular, atendido lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención Internacional de Derechos del Niño..., norma que se encuentra incorporada a nuestra legislación a través del artículo 5º inciso 2 de la Constitución Política del Estado; y conforme además a lo dispuesto en el artículo 16 inciso 2º de la Ley 19.968...; normas concordantes, que dan cuenta que los NNA son considerados en nuestro ordenamiento jurídico sujetos de derecho y no objetos del mismo; y estimándose que los hijos menores de la presente causa, tienen la edad suficiente para formarse un juicio propio y opinar respecto de si están o no de acuerdo con el cuidado y el régimen

Dentro de estos estándares -según estudio realizado por Pinto- se encuentra, en primer lugar, el cumplimiento por parte de los mediadores adscritos al tribunal de la obligación legal de atender al interés superior del niño y su derecho a ser oído: citan al niño, lo escuchan y registran la actuación en el acta con que culmina el procedimiento.

En segundo y tercer lugar, destacan como estándar, el acatamiento de la mediación obligatoria y previa en las materias de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular; así como también, la aplicación de criterios coincidentes en el trato similar, sin distinción de género, de forma que se respete el principio de no discriminación e igualdad ante la ley y ante la justicia (Pinto, 2019, p. 331).

En cuarto lugar, destaca el control de la obligación de los mediadores por parte de los jueces de familia, pues en sus registros aparecen algunos datos y, de ellos, ya es posible extraer como conclusión que, al dictar la sentencia de homologación de la mediación, revisan el cumplimiento. En quinto lugar, destaca que jueces y mediadores han hecho realidad el principio colaborativo, dándole una interpretación extensiva, incluyendo el principio de coordinación y de abordaje interdisciplinario de los derechos del niño, de modo que el derecho a ser oído se visualice como un medio para alcanzar su interés superior (Pinto, 2019, p. 331).

Importante resulta, también, que las sentencias que aprueban las actas de mediación comparten un formato estandarizado, en las cuales su fundamento analítico refiere una verificación formal sobre el hecho de haber sido escuchados los NNA a quienes afectarán los acuerdos, expresando tenerlo presente (Pinto, 2019, p. 332).

Refiere, además, la autora mencionada, que lo concerniente al derecho a información, parece estar entregado a los padres, con anticipación a su concurrencia, de la actuación de que se trata, su importancia y las consecuencias probables para sus propios intereses y deseos; así como la verificación de la comprensión por el NNA de todos esos elementos, con el objetivo de disponer de la mayor cantidad de antecedentes o al menos de los suficientes, para tomar la decisión relativa a su conveniencia de participar en el proceso y de la modalidad cómo lo hará, si accede, ya sea personalmente o representado y por quién (Pinto, 2019, p. 332).

En cuanto a la información que se les entrega, una vez que concurren acompañados por las partes, está a cargo del mediador y referida al contenido de los acuerdos que ya están tomados, limitándose el mediador a ponerlo en su conocimiento, a consultarles si están de acuerdo y a dejar constancia en las actas de que los NNA han expresado su conformidad (Pinto, 2019, p. 333).

En cuanto al peso atribuido al parecer de los NNA, Pinto refiere que las actas dan cuenta que, las entrevistas han tenido como objetivo comunicarle al NNA los acuerdos alcanzados -cuando solo falta suscribir el acta-, no habiendo sido conocida su opinión con anterioridad al acuerdo, así como tampoco se pudo tener en consideración para darle contenido, no habiéndose establecido, en definitiva, su interés superior bajo los parámetros recomendados por el Comité de Derechos del Niño (Pinto, 2019, p. 333).

Finalmente, refiere que profesionales del centro de mediación en estudio son de opinión de consultarle al NNA su voluntad de participar, indagar si sabe el motivo de su presencia en el proceso de mediación y explicarles el contexto de la conversación y confidencialidad (Pinto, 2019, p. 333).

Pues bien, a través del ejemplo referido, queda en evidencia lo fundamental que resulta que jueces de familia, de los distintos tribunales del país, puedan mantenerse alertas ante la eventualidad de que el acuerdo al que

comunicacional que acuerdan los padres a su respecto, no siendo resorte de ellos (los padres) privar a sus hijos de tal derecho, por su solo parecer, sin justificación; cúmplase por el centro de mediación, como en derecho corresponde, con otorgar la posibilidad de que ellos sean oídos; lo anterior, sin perjuicio del derecho de ellos (los niños), a manifestar, ante la mediadora, que renuncian a tal derecho, o que se justifique suficientemente que el ejercicio de tal derecho sería contrario al interés superior de los niños, afectando un derecho aún más relevante como por ejemplo si hubiese informe de psicólogo tratante, que sugiera privar a los menores de tal derecho, por razones justificadas profesionalmente, para el caso concreto, que dijera relación con afectación de su salud psíquica o emocional..." (Pinto, 2019, pp. 330-331).

arriben las partes en el marco de un proceso de mediación familiar pueda resultar atentatorio contra los derechos del NNA que ha formado parte de él o que implique una vulneración grave de sus derechos (Pinto, 2019, p. 330).

Más aún si consideramos los reportes entregados en el área de tribunales²¹, en el marco de informe de satisfacción usuaria del Sistema Nacional de Mediación Familiar -realizado en diciembre de 2021-, donde se refleja una satisfacción usuaria neta de 53% respecto a la percepción que tienen los tribunales sobre el funcionamiento del Sistema de Mediación Familiar Licitado; una satisfacción neta de un 46% en cuanto al aporte que entregan los Centros de Mediación licitados de su jurisdicción a la resolución de conflicto a nivel general; mientras que el 85% refiere creer que es necesario generar y/o mejorar los canales de coordinación entre los Centros de Mediación Familiar licitados de su jurisdicción y los Tribunales de Familia (Ministerio de Justicia, 2021, p. 33).

3. Participación de NNA en los procesos de mediación familiar

3.1. Beneficios y desventajas de la participación de NNA

La participación real y efectiva de NNA en los procesos de mediación familiar es fundamental; no sólo porque permite visibilizarlos como verdaderos sujetos de derechos, a través del respeto y ejercicio de su derecho a ser oído, conforme a su autonomía progresiva; sino que también, por brindarles un espacio protegido que les permita, desde su propia realidad, transmitir sus intereses, inquietudes, anhelos, temores, necesidades y sentimientos ante los cambios familiares que se encuentren vivenciando.

De esta forma, a través de una participación activa y una comunicación fluida con los adultos, en un clima de cooperación y respeto mutuo, NNA podrán sentirse parte de los acuerdos que se adopten, influyendo positivamente en el cumplimiento de éstos, así como también, en su estabilidad emocional, construcción de su personalidad y fortalecimiento de su autoestima, todo lo cual favorece el ejercicio efectivo de sus derechos.

A su vez, les permitirá poder entregar información objetiva de manera directa, la cual será relevante a la hora de que el mediador pueda orientar a los padres a arribar algún acuerdo ante la controversia familiar existente (Alarcón, 2015, p. 30).

Destaca, además, conforme explica la doctrina, que el verdadero daño a sus intereses y derechos no viene provocado por su presencia activa en los procesos de mediación familiar, sino que más bien ello deriva cuando tal participación le es impedida, viéndose privados de la legítima posibilidad de expresarse libremente en materias que le afectan (Ravetllat, 2019, p. 2014), de modo que sus necesidades, deseos y sentimientos puedan ser visualizadas a la hora de tomarse una decisión (Parkinson, 2005, pp. 201-204).

De este modo, el mediador, a través de una escucha activa, podrá acoger a los NNA, canalizando sus emociones y sentimientos de enojo, pena, impotencia o culpa que puedan experimentar producto de la falta de información y temores asociados al proceso de ruptura y duelo por la pérdida vivida, apoyando sustantivamente en clarificar los límites de las decisiones tomadas por los adultos respecto de sus conductas (Valdebenito, 2013, p. 60).

Ahora bien, se ha mencionado que una “participación opcional y ordenada” evitaría riesgos en la participación de NNA en los procesos de mediación familiar, por cuanto la decisión sería tomada por ambos padres y el

²¹ Dentro de los reportes entregados en el área de tribunales, destacan los siguientes: se señala mucha presión para alcanzar acuerdos o poca información: no fueron llamados, que el certificado es falso, que fueron presionados, etc; presión para llegar a acuerdos; porque la mediación no explica bien las materias, muchas veces no sabe si hay causas de protección o violencia; por demora en mandar la mediación al Tribunal; no se remitió acta para aprobación del tribunal (Ministerio de Justicia, 2021, p. 33). Porque no son de calidad, a veces ilegales, formatos mal escritos, entre otros; muy poca preparación de los mediadores, poca entrega de información a las partes y a la larga mucho incumplimiento; porque tienen falencias al redactar los acuerdos, siendo muy genéricos, lo que termina en demandas; porque queo que deben mejorar varios aspectos desde la redacción de las actas hasta la orientación que se entrega a los usuarios (Ministerio de Justicia, 2021, p. 34).

mediador, al considerar útil que el NNA pueda participar en algún encuentro, caso en el que sería opcional. Además, tendría un encuadre consistente y programado de antemano, caso en el que sería ordenada (Cárdenas, 1998, p. 144).

Pues bien, coincidimos al respecto con la opinión de que dicha posición deja en evidencia una visión excesivamente adultocéntrica (Ravetllat, 2019, p. 20), puesto que, además de sumarse al mediador la figura de los padres, en cuanto a la toma de decisión si el NNA participará o no, su fundamento se encuentra en la utilidad que ello traería consigo, más no en el ejercicio de un derecho humano y de un principio fundamental que la Convención les reconoce a los NNA.

En cuanto a los argumentos dados por la doctrina para establecer las desventajas que tendría la participación de los NNA en procesos de mediación se ha mencionado que se trata de visiones más bien retrógradas de la infancia y la adolescencia; y de la función que los NNA cumplen en nuestra sociedad (Alarcón, 2015, p. 43), basadas en una regulación que se presenta como paternalista y que considera a los NNA como objetos de protección y no como sujetos de derecho.

En cuanto a los posibles riesgos que presenta su participación en procesos de mediación familiar, destaca el poder ser instrumentalizados por sus propios padres en pos de la defensa de la postura de uno u otro (Ravetllat, 2019, p. 20); la existencia de conflictos de lealtades por parte de adultos a cargo, haciéndolos partícipes de éstos (Vargas, 2002, p. 164); y la sobreexposición del NNA a temas que lo puedan afectar, de llegar a declararse frustrada la mediación familiar, debiendo posteriormente concurrir al tribunal (Paredes, 2012, p. 217).

3.2. Condiciones que permitirían garantizar una real y efectiva participación de los NNA en procesos de mediación familiar

La participación real y efectiva de NNA implica que se den, conjuntamente, al menos tres condiciones: reconocimiento del derecho a participar; disponer de las capacidades necesarias para ejercerlo; y que existan los medios o espacios adecuados para hacerlo posible (Fondo de Naciones Unidas, 2022, p. 6).

Llevados a la práctica en los procesos de mediación familiar, queda claro que, en el ámbito normativo chileno de los derechos de la infancia y la adolescencia, la participación efectiva y real de los NNA, como protagonistas de su propia historia de vida, en dichos procesos, es un derecho, un principio fundamental y, además, un mecanismo de acceso a la justicia.

No obstante, lo anterior, consideramos necesario que se pueda concretar una adecuación de la normativa chilena vigente a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos de la infancia y la adolescencia aplicables a la materia, a modo de armonizar el sistema vigente.

En tal sentido, consideramos necesario que, a la luz de la Ley N°21.430 el artículo 105 letra e) de la Ley N°19.968, así como también, el proceso de mediación familiar donde participen NNA, pueda ser reformulado, a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia, de modo que NNA puedan concretar la participación activa de los NNA, donde efectivamente sus voces sean escuchadas.

De esta forma, consideramos imprescindible que se puedan desarrollar normativamente las condiciones, requerimientos, herramientas y exigencias que se deben cumplir en los procesos de mediación familiar con tal finalidad; generar los mecanismos que resulten necesarios para garantizar la materialización real del derecho de NNA a ser escuchados, conforme a su autonomía progresiva; y crear las políticas públicas que sean pertinentes para que la mediación familiar pueda verse como un método efectivo de resolución alternativa de conflictos que se debe internalizar a temprana edad (Godoy, 2022, p. 81).

En cuanto a la aplicación del principio del interés superior del NNA y del ejercicio progresivo de sus derechos, debe concretarse conforme a un sistema de derechos fundamentales de la infancia, no correspondiendo ampararse en una errada aplicación del principio del interés superior del NNA para transgredir tal sistema en su conjunto (Barcia, 2022, p. 104).

En tal sentido, consideramos que, si en los acuerdos finales arribados por las partes no consta que los NNA hayan sido escuchados y que su opinión haya sido considerada, conforme a su edad y madurez, como protagonistas activos de sus vidas y como sujetos de derechos -como refiere la Ley Nº21.430- dichos acuerdos debiesen ser rechazados por los tribunales de familia, por implicar una grave vulneración de sus derechos.

En cuanto a las capacidades de los NNA para que puedan ejercer su derecho a participar activamente de tales procesos, cabe mencionar, que la Ley Nº21.430 reconoce el ejercicio de los derechos de la infancia y la adolescencia en el artículo 11, refiriendo que todo NNA podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ley 21.430 de 2022).

Pues bien, en cuanto a la edad, cabe mencionar, que la legislación chilena no establece rangos etarios o referenciales a partir de los cuales se pueda tener una pauta para recomendar cuando resulte prudente escuchar a un niño (Carretta, 2018, p. 105).

En cuanto a la madurez, por su parte, siendo un factor determinante del proceso de escucha, no existen criterios objetivos que permitan fijar con claridad cuándo un NNA es maduro o no (Ibáñez, 2023, p. 37). No obstante, ello, ha sido relacionada con la capacidad a través del cual el NNA reúne las condiciones intelectuales y volitivas suficientes, a pesar de su edad cronológica (Ravetllat, 2020, p. 342); siendo calificada como una cláusula general que se califica en el caso concreto o circunstancia específica (Barcia, 2013, p. 27).

Finalmente, en cuanto a la existencia de medios para hacerlo posible, consideramos necesario que el proceso de mediación familiar pueda desarrollarse en un ambiente adecuado, que cuente con la confidencialidad necesaria, con implementación acorde a los distintos ciclos de vida de los NNA y donde su integridad física y psicológica se encuentren resguardadas.

En tal sentido, resulta necesario que el mediador familiar cumpla con un estándar mínimo, partiendo por el respeto de los principios rectores de la mediación familiar y de la Convención sobre los Derechos del Niño; debiendo, además, contar con las competencias técnicas adecuadas, experiencia en trabajo con NNA y especialización en infancia y adolescencia, a modo de asegurar que la participación de NNA en los procesos de mediación familiar cumpla su objetivo.

Lo anterior, por cuanto una de las principales falencias que se presentan en nuestro país dice relación con la falta de mayor exigencia técnica para ser mediador familiar²², exigiéndose sólo un número de horas para formar parte del registro de mediadores, prescindiendo de la definición de contenidos mínimos del plan de estudios (Correa, 2014, p. 133).

De este modo, consideramos conveniente el establecimiento de pautas y de una reglamentación previa para que los mediadores puedan escuchar la voz de los NNA (Campos, 2015, p. 7); que el mediador les pueda recordar en

²² La Ley Nº19.968, en su artículo 112 indica que para ser mediador se requiere: título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste; acreditar formación especializada en mediación y en materias de familia o infancia, impartida por alguna universidad o instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en dichas materias, y no haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 a 375 del Código Penal, ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar. Además, deberá disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación (Ministerio de Justicia, 2004, p. 56).

todo momento que, ellos son las protagonistas de dicha instancia y que siempre es posible alcanzar un acuerdo consensado en que todos ganen (Villagrasa, 2016, p. 205); y muy principalmente, que los NNA son sujetos de derechos, protagonistas de sus vidas y como tales, su opinión manifiesta no puede seguir siendo invisibilizada.

Conclusiones

El presente trabajo tuvo como objetivo indagar en la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y goce pleno del derecho de NNA a participar activamente en los procesos de mediación familiar en Chile, a la luz de la Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Para lograr lo mencionado, realizamos un estudio de la regulación normativa interna de la mediación familiar en Chile, a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia; identificamos los beneficios y las desventajas de la participación de NNA en los procesos de mediación familiar; y determinamos las condiciones que permitirían garantizar una real y efectiva participación de los NNA en procesos de mediación familiar.

De esta forma, es posible concluir que la regulación normativa de la mediación familiar en Chile resulta insuficiente para garantizar la participación real y efectiva de NNA, como protagonistas de sus vidas y como verdaderos sujetos de derechos, considerándose imprescindible su adecuación a tenor de los estándares internacionales de derechos humanos existentes sobre la materia, además de la creación de políticas públicas pertinentes para que la mediación familiar pueda verse como un método de resolución alternativa de conflictos que se debe internalizar a temprana edad.

En este sentido, dentro de las insuficiencias constatadas, destaca la inexistencia de mecanismos de exigibilidad que permitan materializar de manera real y efectiva el derecho de NNA a ser escuchados, conforme a su autonomía progresiva e interés superior y de esta forma, poder participar activamente en los procesos de mediación familiar.

Destaca, además, la existencia de una regulación normativa -Ley N°19.968- que no ha sido adecuada a los estándares internacionales que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, así como tampoco, a la Ley N°21.430, a partir del 15 de marzo de 2022.

Asimismo, se constata que el solo reconocimiento normativo de la mediación familiar como mecanismo de acceso a la justicia de NNA, no resulta suficiente para garantizar su participación real y efectiva de NNA si no se realiza, a la brevedad, el desarrollo legislativo y la adopción de políticas públicas que resulten necesarias para que la garantía de dicho derecho se pueda concretar.

De este modo, ante la diversidad de conflictos que diariamente se suscitan entre los distintos integrantes del grupo familiar y dada la victimización a la que se exponen NNA al participar en un proceso judicial, el presente trabajo busca poder llevar al lector a la reflexión de la importancia de que NNA puedan participar real y efectivamente de los procesos de mediación familiar, como sujetos de derechos y como ciudadanos de presente, a quienes se les deben reconocer los mismos derechos que a las personas adultas -no sólo en lo teórico, sino que también, en la aplicación práctica.

Referencias

Libros

Barcia, Rodrigo. Carretta, Francesco. (2021). Convención de derechos de NNA en el contexto judicial. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Santiago: Ediciones Der.

Cappelletti, Mauro. Garth, Bryant. (1996). El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Ed. FCE.

Cárdenas, Eduardo. (1998). La mediación en conflictos familiares. Buenos Aires: Lumen Humanitas.

- Henríquez, Sergio. (2023). *Ley de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia en Chile. Análisis Crítico de la Ley N°21.430*. Santiago: Ediciones DER.
- Parkinson, Lisa. (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*: Barcelona, Gedisa.
- Pinto, Jimena. (2019). *El niño: Sujeto de derechos procesales en la justicia de familia. El derecho a ser oído en Chile*. Santiago: Editorial Hammurabi.

Capítulos de libros

- Barcia, Rodrigo. (2022): "El principio de la autonomía progresiva". *En: Comentarios a la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 87-109.
- Contreras, Cristian. (2023): "Algunas notas sobre la mediación familiar: estado actual e ideas a futuro". *En: Estudios de Derecho de Familia V*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Espinoza, Gizella. (2020): "La infancia y la adolescencia primero: ¿Mito o realidad? Declaración de Constitución, Chile". *En: Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. España: Wolters Kluwer, pp. 49-55.
- Godoy, Yasna. (2022): "Notas y reflexiones sobre el principio del interés superior en la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia". *En: Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 53-85.
- Ibañez, Nicolás. (2023): "Hacia una nueva lectura y aplicación del derecho del niño a ser oído en Chile". *En: Estudios de Derecho de Familia VI*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 17-45.
- Ravetllat, Isaac. (2016): "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su aplicación en el Derecho de Familia chileno y en los procesos de mediación familiar". *En: Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*, pp. 161-195. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Ravetllat, Isaac. (2019): "El interés superior del niño/a en los procesos de mediación familiar: Análisis de la realidad chilena". *En: Estudios de Derecho Privado en memoria del profesor Nelson Vera Moraga*, pp. 3-23. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Riveros, Carolina. Ravetllat, Isaac. (2018): "Problemas relativos a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en materias de derecho de familia e infancia". *En: Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Villagrasa, Carlos. (2016): "La mediación y su relevancia en el Derecho Civil". *En: Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Artículos publicados en revistas electrónicas

- Alarcón, Miguel. (2015). "Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación". *En: Ars Boni et Aequi N°2*. Versión digital disponible en: <https://vlex.cl/vid/conveniencia-participacion-ninos-proceso-645314569>
- Almada, María. (2021): "La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados". *En: Revista Especializada en Investigación Jurídica N°8*. Versión digital disponible en: <https://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/artic/e/view/4041/3159>
- Barcia, Rodrigo. (2013): "La capacidad extrapatrimonial de los NNA conforme a su condición de madurez". *En: Revista Ius et Praxis N°2*. Versión digital disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200002
- Campos, Francisco (2015) "El derecho de los niños a ser oídos en la mediación. Análisis y propuesta. Versión digital disponible en: https://www.researchgate.net/publication/277312542_El_derecho_de_los_ninos_a_ser_oidos_e_n_la_mediacion
- Carretta, Francesco. (2018): "Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico". *En: Revista de Derecho N°243*. Versión digital disponible en: <0718-591X-revderudec-86-243-00093.pdf> ([scielo.cl](https://www.scielo.cl))
- Carretta, Francesco. García-Quiroga, Manuela. (2021): "Justicia de familia y victimización secundaria: un estudio aplicado con niños, jueces y abogados". *En: Revista de la Facultad de Derecho PUCP N°87*. Versión digital disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/23696>
- Cillero, Miguel. (1997): "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". *En: Justicia y Derechos del Niño N°1*. Versión digital disponible en: https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf
- Correa, Paula. (2014): "La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura". *En: Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política N°2*. Versión digital disponible en: <https://derechoycienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/303>

- Gómez de la Torre, Maricruz. (2018): "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos". *En*: Revista de Derecho N°18. Versión digital disponible en: [2393-6193-rd-18-117.pdf](https://www.scielo.edu.uy/2393-6193-rd-18-117.pdf) (scielo.edu.uy)
- Defensoría de la Niñez. (2020): "Representación jurídica de NNA como parte del sistema de garantías". *En*: Informe Anual 2020. Derechos humanos de NNA en Chile. Versión digital disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/>
- Defensoría de la Niñez. (2021): "De la representación jurídica a la defensa especializada de derechos de NNA". *En*: Informe Anual 2021, Derechos humanos de NNA en Chile. Versión digital disponible en: Informe Anual 2021 – Defensoría de la niñez (defensorianinez.cl)
- Etcheberry, Leonor y Fuentes, Claudio. (2017). "El derecho de los niños de ser oído". *En*: Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los NNA en Chile. Versión digital disponible en: https://www.unicef.org/chile/media/1381/file/constitucion_politica_e_infancia.pdf
- Nogueira, Humberto. (2017): "La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Parte respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los NNA". *En*: Revista *Ius et Praxis* N°2. Versión digital disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000200415
- Paredes, Alejandro. (2012): "La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile" *En*: Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política N°2. Versión digital disponible en: <https://derechoycienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/262/131>
- Ramírez, Patricia. (2019): "La mediación como sistema de resolución alternativa de conflictos en el procedimiento de familia". *En*: Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 25. Versión digital disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7478183>
- Ravetllat, Isaac y Pinochet, Ruperto. (2015): "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno". *En*: Revista Chilena de Derecho N°3. Versión digital disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000300007&script=sci_abstract
- Ravetllat, Isaac. (2020): "Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia: El NNA como epicentro del sistema". *En*: Revista de Derecho Universidad de Concepción N°248. Versión digital disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v88n248/0718-591X-revderudec-88-248-293.pdf>
- Trevis, Carmen. (2016): "La mediación chilena frente a las nuevas realidades familiares: reflexiones a partir de un caso". *En*: Revista de Mediación Familiar Chilena. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Versión digital disponible en: <https://es.scribd.com/document/618548921/Mediacion-n-en-las-nuevas-realidades-familiares>
- Valdebenito, Caterine. (2013): "Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile". *En*: Rumbos TS N°7. Versión digital disponible en: <https://revistafacso.ucecentral.cl/index.php/%20Rumbos/article/view/138/134>
- Vargas, Macarena. (2002): "Los niños en la mediación familiar". *En*: Revista de Derechos del Niño N°1. Versión digital disponible en: <https://vlex.cl/vid/ninos-mediacion-familiar-651168985>
- Vargas, Macarena y Correa, Paula. (2011): "La Voz de los niños en la justicia de familia de Chile". *En*: *Ius et Praxis* N°1. Versión digital disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008
- Villavicencio, Luis. (2017): "Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución". *En*: Constitución Política e Infancia. Versión digital disponible en: https://www.unicef.org/chile/media/1381/file/constitucion_politica_e_infancia.pdf
- Viveros, Felipe. (2002): "Mediación familiar y derechos del niño. Una aproximación". *En*: Revista *Crea*, Centro de Resolución Alternativa de Conflictos N°3. Versión digital disponible en: https://www.academia.edu/25731474/MEDIACION_FAMILIAR_Y_DERECHOS_DEL_NI%C3%91O_UNA_APROXIMACION%C3%93N

Normas jurídicas

Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto N°830. "Por medio del cual se promulga Convención sobre los Derechos del Niño". Chile: Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990. Obtenido de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=15824&idParte=>

Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto N°100 (17 de septiembre de 2005). "Por medio del cual se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República". Chile: Diario Oficial de 22 de septiembre de 2022. Obtenido de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Ministerio de Justicia. Ley 19.968 (25 de agosto de 2004).

“Por medio de la cual se crean los tribunales de familia”. Chile: Diario Oficial de 30 de agosto de 2004. Obtenido de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>

Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Ley 21.430 (06 de marzo de 2022). “Por medio de la cual se establece un estatuto de garantía y protección integral de derechos de la niñez y adolescencia”. Chile: Diario Oficial de 15 de marzo de 2022. Obtenido de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>

Observaciones, Informes

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

Comité de los Derechos del Niño. (2005). Observación General N°7 sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia. 20 de septiembre de 2006. Visión digital disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/biblioteca/observacion-general-n-7-realizacion-de-los-derechos-del-nino-en-la-primera-infancia/>

Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación General N°12 sobre el derecho del niño a ser oído CRC/C/GC/12. 20 de julio de 2009. Visión digital disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/biblioteca/observacion-general-n-12-el-derecho-del-nino-a-ser-escuchado/>

Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013. Versión digital disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/biblioteca/observacion-general-n-14-sobre-el-derecho-del-nino-a-que-su-interes-superior-sea-una-consideracion-primordial-articulo-3-parrafo-1/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Versión digital disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. (2018): Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones general CRC/C/CHL/INQ/1. 1 de julio de 2018. Visión digital disponible en:

<https://www.defensorianinez.cl/biblioteca/informes-del-comite-de-los-derechos-del-nino-conforme-a-otras-facultades-otorgadas-por-la-cdn/>

Ministerio de Justicia. (2021): “Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar”. En: Informe Final Satisfacción Mediación Familiar 2021.

Ministerio de Justicia. (2021): “Auditoría: Diseño, aplicación y análisis de encuesta de Satisfacción de usuarios/as del Sistema Nacional de Mediación Familiar”. En: Informe de Resultados. 7 de diciembre de 2021.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012): Opinión Consultiva 17/2002, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto de 2002. Visión digital disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012): Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, sentencia 24 de febrero de 2012. Visión digital disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Fondo de Naciones Unidas. (2022): Guía metodológica para garantizar mecanismos y procesos de levantamiento de opinión y participación efectiva de niños, niñas y adolescentes. Visión digital disponible en: <https://www.unicef.org/chile/informes/gu%C3%ADa-metodol%C3%B3gica-para-garantizar-mecanismos-y-procesos-de-levantamiento-de-opini%C3%B3n>