



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

**Debate Parlamentario de la Ley 19.968 que
Crea los Tribunales de Familia**

MEMORISTA

Luisa Barraza Gallardo

PROFESORA GUÍA: MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA QUINTEROS

Santiago, Chile

2007

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
DEBATE PARLAMENTARIO DE LA LEY 19.968 EN TORNO A LOS TEMAS DE FAMILIA, PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.....	9
I. Objetivos y fundamentos de la ley 19.968.....	10
a. Creación de una jurisdicción especializada destinada a resolver el conflicto familiar en su integridad.....	11
b. Carácter interdisciplinario de los tribunales de familia.....	14
c. Procedimientos que favorecen los principios de oralidad, flexibilidad, concentración e inmediación	14
d. Búsqueda de soluciones cooperativas o no adversariales al conflicto familiar	16
e. Creación de un procedimiento por el cual el tribunal de familia conozca de las infracciones juveniles a la ley penal	16
II. Las instituciones fundamentales de la ley 19.968	17
1. La familia, su protección y la solución de los conflictos que la afectan.....	18
1.1 Concepto de familia	18
1.2 Mecanismos procesales que tienden a la solución de los conflictos familiares	21
a. Creación de los tribunales especiales de familia, su organización y competencia.....	21
b. Procedimiento ante los tribunales de familia	27
c. Principios del procedimiento ante los tribunales de familia	39
d. Potestad cautelar del juez de familia	49
e. Creación del consejo técnico	52
f. Soluciones colaborativas, cooperativas o alternativas para la resolución de conflictos	55
2. Principio del interés superior del menor.....	67
2.1 Aplicación de medidas de protección de los derechos de los menores.....	70
2.2 Infracciones juveniles a la ley penal	80
3. Violencia intrafamiliar	84
3.1 Concepto de violencia intrafamiliar	84
3.2 Potestad cautelar del juez en el procedimiento de violencia intrafamiliar.....	86
3.3 Procedencia de la mediación u otra solución cooperativa en las causas de violencia intrafamiliar.....	91
3.4 Suspensión condicional de la dictación de la sentencia.....	94
CONCLUSIONES	100

ANEXO I:.....	106
ÍNDICE DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY	106
ANEXO II:	110
BREVE ANÁLISIS SOBRE LA MEDIACIÓN SEGÚN LA DOCTRINA.....	110
BIBLIOGRAFÍA	115

RESUMEN

El presente trabajo, tiene por finalidad estudiar el proceso legislativo originado con motivo de la discusión y aprobación de la ley 19.968 sobre tribunales de familia. El objetivo central de esta tarea, estará dirigida al análisis del debate parlamentario producido en ambas cámaras e instancias del congreso nacional sobre el proyecto del ejecutivo, y estará referido específicamente a las instituciones sustantivas más relevantes que introduce dicho cuerpo legal en el ordenamiento jurídico chileno, esto es, protección de la familia e integridad del menor.

Tiene especial importancia, el tratamiento, que tanto el proyecto como en definitiva, la ley dan a los mecanismos institucionales de protección a la familia y al menor, como la creación del consejo técnico, los principios del procedimiento y, la innovación de la ley 19.968 en materia de mediación.

El trabajo está organizado en un capítulo único, dividido en dos subcapítulos: el primero sobre los fundamentos de la ley 19.968, según el mensaje y el segundo sobre las instituciones fundamentales de la ley. Este último capítulo contiene tres acápite: el primero sobre el proceso legislativo respecto de las instituciones de la familia; el segundo sobre el principio del interés superior del menor y el tercero trata sobre la violencia intrafamiliar. Dentro de cada uno de ellos, se analizan los fundamentos y objetivos que contenía el proyecto de ley; la discusión producida en el parlamento sobre el tema; y, finalmente, las modificaciones introducidas en el texto legal aprobado.

Por último, en las conclusiones se determinará si se comprueba o no la hipótesis propuesta al inicio del trabajo.

INTRODUCCIÓN

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Esta declaración que es recogida en nuestra Constitución Política de la República en su artículo 1°, no sólo es una declaración de principios, sino que obliga al Estado chileno a protegerla y propender a que la familia se fortalezca.

Lo anterior, lleva necesariamente a la adopción de medidas políticas, sociales, económicas y jurídicas destinadas a la protección y fortalecimiento de la familia.

Desde 1990 se ve progresivamente un aumento de la legislación del derecho de familia, que tiende a proteger a los miembros más débiles de la familia, los menores y la mujer.

Sólo con el fin de ejemplificar lo que se viene diciendo, podemos recordar la dictación de la ley 19.985, conocida como la ley de filiación, la que introdujo cambios drásticos en la estructura de la familia establecida en el Código Civil. Por una parte, terminó con la odiosa distinción entre los hijos, estableciéndose un principio importante “la ley considera iguales a todos los hijos”¹.

Por otro lado, se reconoció el derecho de toda persona a conocer su origen o identidad², ampliándose y simplificándose las posibilidades para solicitar el reconocimiento judicial de la paternidad o maternidad de una persona.

¹ Artículo 33 del Código Civil.

² El derecho de identidad es aquél que tiene toda persona “sobre la verdad de su propia biografía”. Es el derecho que tiene todo individuo de conocer su origen biológico, lo que se traduce en un derecho a iniciar una investigación judicial para saber quiénes son sus padres. SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. LA FILIACIÓN EN EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA. Editorial Conosur Lexis-Nexis. 2001. P. 64

En materia de violencia intrafamiliar, la ley 19.325, reguló en forma expresa los actos de violencia intrafamiliar, y le otorgó competencia a los tribunales civiles para conocer de ellos, salvo en los casos que dichos actos llegaren a ser de tal gravedad que constituyeren un delito sancionado por el derecho penal (como homicidio, lesiones, etc.)

Con la ley 19.620, se mejoró la calidad del adoptado, quien vino a ser considerado hijo del adoptante, para todos los efectos legales. Además, se agilizó el procedimiento de adopción, con el fin de favorecer la adopción de menores.

Debe mencionarse, también, la ley 19.947, sobre el matrimonio civil, que introdujo el divorcio con disolución de vínculo en nuestro país. Esta ley, vino a modificar uno de los principales caracteres que tenía el matrimonio en la legislación chilena, su indisolubilidad.

Con los avances logrados en el derecho de familia, Chile se ha adecuando en materia sustantiva a los compromisos asumidos a nivel internacional³. No obstante, los procedimientos relativos a los conflictos de la familia no denotaban el mismo grado de modernización.

Para la profesora de la Universidad Austral, Susan Turner, existía una falta de concordancia entre los aspectos sustantivos y procesales lo que “genera un efecto perverso: quita eficacia a los cambios introducidos en el primero y fortalece la percepción social en torno a que las reformas legales son asuntos meramente teóricos que sólo interesan a parlamentarios y a juristas pero que no alcanzan al ciudadano común que, enfrentado a la práctica judicial, no percibe cambio alguno”⁴.

³ Principalmente, la Convención de eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴ TURNER, Susan. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA [en línea]
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso>.
[consulta: 28 de noviembre de 2006]

En ese contexto, aparece la necesidad de la creación de una justicia especializada con tribunales modernos, con jueces y funcionarios capacitados en la resolución de conflictos que se originen en la familia, en forma transparente, rápida, interdisciplinaria e íntegra. Así, el 5 de noviembre de 1997, el gobierno del Presidente Eduardo Frei, presentó ante el congreso para su discusión y aprobación, el proyecto que crea los tribunales de familia. La ley 19.968 que crea los tribunales de familia, se publicó luego de siete años de debate en el congreso, el 30 de agosto de 2004.

Este estudio se realiza y estructura, a través del debate parlamentario sobre el proyecto del ejecutivo y mediante el análisis de las instituciones más importantes introducidas por dicha ley en el ordenamiento jurídico chileno. Se tratará su origen en el proyecto de ley presentado por el ejecutivo en 1997 y la discusión parlamentaria a que dio lugar dicho proyecto, así como las modificaciones introducidas por el congreso.

Debe señalarse que los estudios que existen sobre la ley que crea los tribunales de familia son, casi en su totalidad, trabajos realizados desde el punto de vista procesal. Si bien aquellos trabajos podrían servir como un punto de partida, no están directamente relacionados con esta tesis, pues con ella se busca analizar ciertas instituciones sustantivas establecidas en la ley y, en especial, las modificaciones que en ella introdujo el parlamento en el proceso de aprobación de la ley⁵.

Dicho lo anterior, la hipótesis que se analiza en este trabajo consiste en determinar, a través de la revisión del debate parlamentario, si la ley 19.968, en los términos del texto aprobado por el Congreso mantuvo el sentido de las instituciones fundamentales que el proyecto de ley quiso introducir con esta normativa en el sistema jurídico chileno, esto es, una regulación eficiente de protección procesal de la integridad de la familia y de la protección del menor, tanto como integrante de ésta, o

⁵ Hemos recurrido a trabajos de derecho de familia, tales como el libro del profesor René Ramos y el de las profesoras Paulina Veloso y Claudia Schmidt. A propósito de la mediación, podemos anotar la obra de Elena Highton y Gladis Alvarez "Mediación para resolver conflictos". Además, nos hemos apoyado en obras procesales como del profesor Cristian Maturana.

del interés del menor, calificado como superior, cuando sus derechos entran en conflicto con los derechos parentales u otro interés familiar protegido por la ley

Con el objeto de comprobar la hipótesis sostenida, se utilizará el método bibliográfico y se analizará, por tanto, la ley 19.968 vigente, y su relación con el contenido del proyecto de ley enviado al congreso por el ejecutivo, cotejando determinadas instituciones reguladas en ella, con el debate parlamentario contenido en las actas de las sesiones en que se discutió y aprobó dicho texto legal.

DEBATE PARLAMENTARIO DE LA LEY 19.968 EN TORNO A LOS TEMAS DE FAMILIA, PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La proposición de la creación de tribunales especiales que conocieran de los asuntos relativos a la familia, no era novedad en nuestro país al momento de la presentación del proyecto de ley. La comisión nacional de familia, creada bajo el gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azócar, en su informe final de 1993, ya abogaba por la creación de tribunales especializados que conocieran de los conflictos que aquejaban a las familias chilenas. El 5 de noviembre de 1997, bajo la presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se presentó, finalmente, el proyecto de ley que crea los tribunales de familia (Boletín N° 2118-18)⁶.

Previo a analizar las instituciones de la ley, del proyecto de ley y su discusión en el congreso, trataremos los objetivos y fundamentos del proyecto de ley sobre los tribunales de familia, que aparecen en el mensaje, considerando que la comprensión de dichos objetivos y fundamentos pueden ayudar en la interpretación de la ley.

⁶ TURNER, Susan. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 29 de noviembre de 2006].

I. Objetivos y fundamentos de la ley 19.968

El mensaje del ejecutivo, comenzaba con un diagnóstico de la sociedad chilena, reconociendo que existía una asimetría entre los cambios que ella ha experimentado y las instituciones jurisdiccionales. Dichas instituciones, indicaba el mensaje, no habían acompasado o adaptado su diseño institucional a los desafíos que planteaba una sociedad que parecía cada vez más diversa y más compleja.

El problema, según lo señalaba el mensaje, no consistía sólo en que el sistema de administración de justicia poseía deficiencias cuantitativas o estructurales que le impedían hacer frente con prontitud y eficiencia a la creciente cantidad de litigios, sino que el problema consistía, además, en que los diseños procedimentales con que contaba nuestro país presentaban deficiencias cualitativas que impedían a los jueces dar una respuesta adecuada a la naturaleza y al tipo de conflicto que les tocaba conocer y resolver.

Los conflictos, a la época de la presentación del mensaje, no sólo eran más que aquellos que el sistema era capaz de resolver, también eran distintos a aquellos que pudieron imaginar quienes originalmente lo diseñaron. El desafío, en consecuencia, no era sólo aumentar la capacidad del sistema para resolver conflictos, era necesario, además, que los legisladores se ocuparan del modo en que el sistema debía resolver los conflictos, para que las decisiones que los jueces emitieran fueran socialmente adecuadas y percibidas como legítimas.

Es claro en el mensaje, que el gobierno del Presidente Frei buscaba asumir una política de justicia que enfrentara de manera sistemática y con sentido de Estado, los problemas y desafíos enunciados. Como indicaba el mensaje, se pretendía favorecer, “el respeto de los derechos, por una parte, y la seguridad de las personas, por la otra; el respeto por el individuo, que es la base de una sociedad democrática, por un lado; pero, al mismo tiempo, el fomento de un mínimo de virtudes comunitarias, indispensables para

la prosecución de un proyecto nacional, por el otro⁶, es decir, se buscaba un balance entre lo que era mejor para el individuo y, a la vez, para la sociedad.

El proyecto que creaba los tribunales de familia no era, ni podía ser concebido como un esfuerzo aislado, ya que se enmarcaba dentro de una reforma amplia al sistema de justicia, que de acuerdo al mensaje, estaba conformada, a esa fecha, por la reforma procesal penal (que se calificaba, en noviembre de 1997, como “la más importante modernización del estado en Chile desde su consolidación”); el fomento del uso de sistemas alternativos al jurisdiccional para la resolución de los conflictos; los programas de acceso a la justicia, que tendían a aumentar la información disponible y a prestar asistencia letrada a sectores marginados; el aumento persistente y sostenido de recursos al sector justicia; y el proyecto sobre los tribunales de familia.

En el texto del mensaje se expresaron los objetivos y fundamentos generales del proyecto de ley que se sometió a consideración del congreso. Dichos objetivos y fundamentos eran considerados como objetivos de política pública, que resaltaban la importancia del proyecto para la familia y la sociedad chilena y eran los siguientes:

a. Creación de una jurisdicción especializada destinada a resolver el conflicto familiar en su integridad

La creación de tribunales de familia que conocieran y resolvieran el conflicto familiar, era la esencia del proyecto de ley. Así, el proyecto, proponía crear una jurisdicción especial avocada exclusivamente al conocimiento de los asuntos relacionados con la familia, contenciosos y no contenciosos.

La necesidad de que existiera un tribunal especial que conociera de los conflictos familiares, se basaba en que, a la fecha de presentación del proyecto, existían dos

⁶ Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Boletín 2118-18. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Cámara de Diputados, 5 de Noviembre de 1997, Biblioteca del Congreso Nacional.p.100.

tribunales competentes para conocer de los conflictos familiares⁷, produciéndose, así una disociación del conflicto familiar, de modo que quienes se encontraban involucrados en dicho conflicto, debían recurrir, no sólo a distintos procedimientos, si no también, ante distintos tribunales. El fin, entonces, era que un solo órgano conociera de los conflictos, que tenían el mismo origen.

En el mensaje, se fundamentaba la necesidad de crear un órgano especial para conocer de los conflictos de naturaleza familiar, señalándose que estos suelen poseer una naturaleza distinta a los civiles, ya que son de carácter sistémico.

Siendo los conflictos familiares de naturaleza diferente a los civiles, las nociones del derecho privado, como la culpa o las técnicas de responsabilidad, resultaban inadecuadas para su solución. Además, señalaba el mensaje, el derecho comparado, y los instrumentos internacionales, aconsejaban considerar a los niños relacionados con el sistema jurisdiccional, como sujetos de derecho que debieran ser oídos, en un proceso interactivo, en que sus intereses fueran especialmente considerados.

Se destacaba que, la existencia de los tribunales de familia y de procedimientos especiales, no apuntaba únicamente a dar una respuesta al contencioso familiar, sino además, que esa respuesta fuera “socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflicto”⁸. El objetivo que se perseguía con la creación de los tribunales de familia, no era sólo la innovación y modernización de la administración de

⁷ Recordemos que, previo a la entrada en vigencia de la ley que crea los tribunales de familia, los juzgados de menores, conocían de la aplicación de la ley N° 16.618, denominada la ley de menores, la que otorgaba competencia al juez de menores para conocer sobre la declaración de discernimiento, medidas para infractores de la ley de menores, medidas para el caso de amenaza o vulneración de derechos de menores, cuidado personal del menor, patria potestad, alimentos, régimen comunicacional, salida de menores del país, casas de menores e instituciones asistenciales, otras disposiciones penales referidas a delitos o faltas cometidos por adultos que afecten a menores. Por su parte, los jueces de letras en lo civil, tenían competencia en otras materias de familia, regidas por el Código Civil, como el divorcio, nulidad del matrimonio, declaración o desafectación de bienes familiares, acciones de filiación, violencia intrafamiliar, conflictos que se susciten a propósito de los regímenes patrimoniales del matrimonio, procedimientos de adopción, declaraciones de interdicción, disensos para contraer matrimonios.

⁸ Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia. Boletín 2118-18. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Cámara de Diputados, 5 de Noviembre de 1997, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 101.

justicia, sino además que la solución de conflictos de la nueva jurisdicción que se pretendía crear, fuera percibida como legítima y oportuna por quienes estaban involucrados en el conflicto familiar.

Como otro fundamento a favor de la creación en nuestro país de tribunales especializados que conocieran del contencioso familiar, el mensaje señalaba que era necesario modificar la justicia de menores ya que presentaba falencias graves tales como un diseño predominantemente adversarial del procedimiento; su extrema escrituración; la alta intervención de funcionarios no letrados en materias propias del juez y la alta discrecionalidad del procedimiento, especialmente en materia de niños y adolescentes. Falencias todas, que se habían llegado a aceptar en el medio judicial como normales, y que habían llevado a un desprestigio de los juzgados de menores y sus funcionarios y que requerían de una modificación profunda.

La profesora Susan Turner, en su artículo “Los Tribunales de Familia”, señala que, en su opinión, la necesidad de crear una judicatura especial que conozca de los conflictos originados en la familia, nace por dos razones: la especial naturaleza del conflicto familiar y la intervención, directa o indirecta, de niños y adolescentes en él.

Para la profesora Turner, el conflicto familiar se caracteriza por la posición en que se encuentran las partes durante su desarrollo y una vez concluido, no por el hecho que las partes tengan una relación jurídica previa al conflicto, la cual existe, también, en relaciones contractuales civiles, por ejemplo⁹

La autora comparte los fundamentos del mensaje en cuanto a la naturaleza especial del conflicto familiar y, agrega, que su tratamiento requiere de un nuevo

⁹ El conflicto entre arrendatario y arrendador por la época de restitución del inmueble supone el nexo del contrato de arrendamiento entre ellos. Sin embargo, durante el transcurso de la contienda judicial, ninguno de ellos está obligado a prestar protección personal al otro, ni a proveerlo de alimentos, ni a compartir un hogar común. Asimismo, si se declara la terminación del contrato de arriendo, desaparece, al menos para el futuro, el nexo primitivo que unía a las partes del conflicto y, por lo tanto, arrendador y arrendatario dejan de ser tales. Parece innecesario agregar, a continuación, que un padre o una madre, no pierden tal condición por la dictación de una sentencia. TURNER, Susan. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 2 de diciembre de 2006].

enfoque que logre una debida correspondencia entre éste y la decisión jurisdiccional respectiva.

La segunda razón o el segundo factor que explicaría la necesidad de una jurisdicción especial y especializada en conflictos de familia, es la intervención de niños en él.

b. Carácter interdisciplinario de los tribunales de familia

La importancia de contar con un tribunal especializado radicaba, también, en que éste debía encontrarse preparado para conocer de las diferentes aristas o aspectos, no sólo jurídicos, de los conflictos familiares. Efectivamente, el conflicto familiar podía presentar matices de tipo emocional o psicológico, de tipo conductual, de tipo socio-económico, entre otros. Como consecuencia, el juez, debía estar asesorado por profesionales especializados en esas diferentes aristas, que aconsejaran o recomendaran al juez, el mejor camino para llegar a una solución adecuada. Con ese fin, se proponía crear los consejos técnicos, que otorgaran al tribunal de familia, un carácter interdisciplinario, innovación que en nuestro sistema de administración judicial era desconocida hasta la entrada en vigencia de dichos tribunales¹¹. El mensaje, calificaba el consejo técnico, como indispensable para el pleno logro de los objetivos de la jurisdicción de familia.

c. Procedimientos que favorecen los principios de oralidad, flexibilidad, concentración e inmediatez

Estableciéndose la necesidad de existencia de tribunales de familia, que conocieran de los conflictos que aquejaban a las familias chilenas, el mensaje, se encargó de señalar la importancia de los procedimientos a través de los cuales dichos tribunales conocerían y resolverían los conflictos familiares. Efectivamente, de acuerdo al texto del mensaje, no

¹¹ No obstante que, previo a la entrada en vigencia de los tribunales de familia, existían en los juzgados de menores asistentes sociales, y se consultaba con psicólogos de centros externos, ninguno de ellos trabajaba activamente con el juez, como lo exigía el proyecto de ley.

bastaba con consagrar un tribunal cuya estructura orgánica fuera moderna e innovadora, era necesario establecer procedimientos que permitieran a los jueces de familia alcanzar una solución socialmente adecuada de los conflictos originados en la familia.

Dichos procedimientos perseguían, en términos generales, de acuerdo al mensaje, cuatro objetivos de política pública en materia de justicia, los que subyacían también en otros proyectos que formaban parte del esfuerzo de modernización de la administración de justicia que se habían impulsado desde 1990 en adelante.

En primer lugar, se trataba de **tender hacia procedimientos que favorecieran la intermediación entre las personas que reclamaran justicia y los jueces.**

Mediante los procedimientos que se proponían en el proyecto de ley, se intentaba, en segundo lugar, **incrementar el acceso a la justicia de sectores más débiles.** Se señalaba en el mensaje que, “la evidencia empírica disponible pone de manifiesto que el contencioso familiar es, de los problemas que aquejan a los sectores de menores recursos, el más vinculado a su bienestar cotidiano”¹⁰, junto con los conflictos de origen penal.

En tercer lugar, se trataba de **instituir un procedimiento que satisficiera las garantías del debido proceso**, mediante el cual el tribunal de familia conociera de las infracciones juveniles a la ley penal.

En cuarto lugar, señalaba el mensaje, el proyecto tenía por objeto **instituir un procedimiento que confiriera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar.** Considerando que dentro del proyecto de ley, este último objetivo de política pública, adquiriría una gran trascendencia, se trata a continuación en este trabajo en forma más detallada.

¹⁰ Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia. Boletín 2118-18. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Cámara de Diputados, 5 de Noviembre de 1997, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 101.

d. Búsqueda de soluciones cooperativas o no adversariales al conflicto familiar

Según se señaló, uno de los objetivos de política pública que se explicitaban en el mensaje, y que era común a otros proyectos que se habían impulsado para modernizar la administración de justicia, era la tendencia a favorecer la búsqueda de soluciones cooperativas o colaborativas al conflicto familiar.

Con dicho fin, el proyecto proponía instituir la mediación. En el mensaje, se destacaba que, la mediación, fomentaba las soluciones colaborativas entre las partes, ya que aumentaba la información disponible sobre el conflicto familiar, así como los canales de comunicación entre ellas. La mediación como método autocompositivo, no era nueva en nuestro país, a la época de la presentación del proyecto de ley, sólo que por primera vez, se definía y proponía establecer expresamente la mediación¹³.

“La mediación, tal cual existe en la legislación comparada, constituye un importante y adecuado sistema alternativo de resolución de conflictos, especialmente en materia de familia. Esto, porque se trata de una técnica no adversarial que apunta a que las partes involucradas puedan llegar por sí mismas a acuerdos satisfactorios para ambas. De esta manera, se procura lograr soluciones que además de comprometer personal y espontáneamente a las partes tenderán a sentar las bases de una relación pacífica para el futuro”¹⁴.

e. Creación de un procedimiento por el que el tribunal de familia conozca de las infracciones juveniles a la ley penal

¹³ Según señala el profesor de Derecho Procesal don Cristián Maturana Miquel, la mediación no se encontraba regulada en forma orgánica en el ordenamiento jurídico chileno, sólo se contemplaba con carácter facultativo dentro del proceso de negociación colectiva en materia laboral, artículos 352 y siguientes del Código del Trabajo. MATURANA, Cristian. DERECHO PROCESAL ORGANICO. Apuntes. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Marzo 2003. p. 18.

¹⁴ Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia. Boletín 2118-18. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Cámara de Diputados, 5 de Noviembre de 1997, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 105.

Con este objetivo, el ejecutivo proponía corregir una grave falencia del ordenamiento jurídico en términos de garantías, ya que según el Mensaje, no se proveía de un juicio genuino a quienes, siendo adolescentes, habían infringido la ley penal.

II. Las instituciones fundamentales de la ley 19.968

Procederemos a analizar las instituciones fundamentales de las que trata la ley 19.968, para lo cual, primero se abordará cada institución según se propuso en el

proyecto de ley, para tratar la discusión producida en torno a ellas, y por último se revisarán los términos en que cada una de las instituciones quedó aprobada en la ley, con las modificaciones que el congreso le introdujo al proyecto.

1. La familia, su protección y solución de los conflictos que le afectan

1.1 Concepto de familia

El proyecto no establece, de modo explícito, ningún concepto de familia. Con un fin instrumental se puede definir familia, como un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o parentesco, sea por consanguinidad, afinidad o adopción, a las que la ley atribuye algún efecto jurídico.¹⁵

Con el proyecto, el ejecutivo intentó cumplir con el mandato constitucional que ordena que el Estado, debe proteger y propender al fortalecimiento de la familia, mediante la incorporación de tribunales especiales y especializados que conozcan y resuelvan el conflicto familiar de modo rápido y eficaz.

En el debate del proyecto de ley que crea los tribunales de familia, tanto en la cámara baja como en el senado, no se formuló en forma expresa un concepto de familia, para los efectos de la ley. No obstante, es claro que en el debate parlamentario se puso en relevancia la preocupación del legislador, por el bienestar de la familia, en especial de la protección de sus miembros más débiles.

Para ejemplificar la importancia con que se consideraba la familia y los conflictos que la aquejaban, podemos citar varias declaraciones realizadas en este sentido a lo largo del debate en el congreso, tanto de representantes del ejecutivo como de los parlamentarios de gobierno y de oposición.

¹⁵ RAMOS, René. DERECHO DE FAMILIA. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago. 2000. p. 9

El diputado Jorge Burgos, (DC), informante de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia¹⁶, señaló en la sesión 5ª, del 11 de junio de 2003, luego de comunicar a la Sala, los objetivos del proyecto de ley, lo siguiente: “¡Qué mejor para una sociedad que la familia en conflicto tenga la posibilidad de solucionarlo para seguir siendo eso: una familia!”¹⁷.

En la misma sesión, Cecilia Pérez, en esa época ministra directora del SERNAM, expresó el interés en la aprobación del proyecto que se discutía indicando que “la familia no ha permanecido ajena a los procesos de modernización que ha vivido la sociedad chilena: una mayor heterogeneidad en las formas familiares, nuevas dinámicas internas, requerimientos y funciones asignados a las familias, más la creciente ampliación y toma de conciencia de los derechos de las personas al interior de ella, sin duda, caracterizan de manera más compleja el espacio familiar de hoy”. Terminó señalando que, el proyecto de ley “representa un importantísimo e histórico avance que permitirá mejorar las condiciones de vida, la dignidad y las posibilidades de que las mujeres, los niños y los miembros de la familia chilena puedan ejercer plenamente sus derechos”¹⁸.

El diputado de oposición Nicolás Mockenberg, (RN), expresó en la sesión que estamos comentando, que “La familia debe ser protegida con el proyecto. Debemos reconocer que el abandono, la ausencia, la falta de cariño y de respeto y el mal ejemplo que muchas veces las familias entregan a sus hijos son puestos nuevamente sobre la mesa. El proyecto, de alguna forma, reivindica en nuestro sistema legal el valor profundo que debe otorgarse a la familia y mucho más a la educación y formación de los hijos” lo que demuestra que la protección a la familia es lo que persigue esta ley¹⁹.

¹⁷ Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 5ª, Cámara de Diputados, 11 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 22.

¹⁸ Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 5ª, Cámara de Diputados, 11 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 33.

En referencia al concepto de familia, el diputado Juan Bustos (PS), intervino en la misma sesión 5ª del 11 de junio de 2003, señalando que el proyecto de ley era trascendental, entre otras razones, por el nuevo concepto de familia que consideraba. Expresó el parlamentario que “no es un concepto restringido como generalmente lo plantean los sectores de derecha de nuestro país, sino de carácter extendido, en el que la familia no sólo está constituida por padre y madre, sino que puede estar compuesta sólo por el padre, por la madre, por el abuelo o por algún pariente que se hace cargo de los niños”²⁰. Diversas otras intervenciones de parlamentarios, en el mismo sentido se consignan en una nota al pie de esta página²¹.

Lo que hemos querido anotar con estos ejemplos, es que si bien en el debate no se expresó un determinado concepto de familia para efectos de la ley, sí podemos resaltar la importancia que revistió legislar sobre un tribunal especial que conozca de los conflictos, ya que mediante la discusión de ese proyecto (y otros que tratan sobre la familia) se tiende a proteger el núcleo fundamental de la sociedad, mitigando las consecuencias de los problemas que usualmente aquejan al grupo familiar, como la separación de los padres, o el abandono de los hijos o del cónyuge, protegiéndose a los miembros más débiles e intentando mantener las relaciones de familia, para que ésta no se destruya (si bien cambian ciertas estructuras, los lazos entre sus miembros deben permanecer en el tiempo).

¹⁹ Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 5ª, Cámara de Diputados, 11 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 40.

²⁰ Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 5ª, Cámara de Diputados, 11 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p.45.

²¹ En un sentido similar al expresado por el diputado Bustos, el senador Mariano Ruiz-Esquide, (DC) indicó en la sesión 28ª, del 26 de agosto de 2003, que “cuando se discutió aquí el proyecto sobre (la) nueva Ley de Matrimonio Civil, todos intervinimos -¡todos!-, a favor o en contra. Sostuvimos que el núcleo central de la sociedad es la familia. Y hablamos no sólo de la formada por el padre, la madre y los hijos en un matrimonio organizado, sino también de esa familia amplia que existe donde hay cariño...”. Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 28ª, Senado, 26 de Agosto de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p.4249.

El legislador reconoció que los conflictos familiares debieran ser resueltos en buena forma o en la mejor posible, de lo contrario no solamente la familia podría ser perjudicada, sino también la sociedad entera.

Dado que, ni el ejecutivo en el proyecto, ni el congreso en el debate, manifestaron un concepto de familia explícito, la ley, como resultado final del procedimiento legislativo, no contiene una definición de familia para sus efectos, por lo que hacemos presente aquí la definición indicada al inicio de este punto para los efectos jurídicos de la ley 19.968.

1.2 Mecanismos procesales que tienden a la solución de los conflictos familiares

a. Creación de los tribunales especiales de familia, su organización y competencia

El proyecto propuesto por el ejecutivo era coherente con los fundamentos y objetivos señalados al inicio de este trabajo, y planteaba crear los tribunales de familia en el artículo 1º, estableciéndoles su objeto²². En los artículos siguientes, se proponía regular los requisitos para ser juez de familia, sus obligaciones y deberes, funciones del juez presidente; el consejo técnico; administrador del tribunal; oficiales de secretaría. No se transcriben las disposiciones propuestas por el ejecutivo ya que se consideran irrelevantes para el fin de este trabajo, con la importante excepción de las normas que se proponían sobre la regulación del consejo técnico que se trata en la letra e) de este acápite.

En las comisiones unidas de la cámara baja, el diputado Ignacio Walker (DC) reconoció la esencia del proyecto de ley, esto es, la creación de los tribunales de

²²Artículo 1º.- Créase una Judicatura Especializada de Familia, encargada de conocer los asuntos de que trata esta ley y los que le encarguen otras leyes generales y especiales, de resolverlos y de hacer cumplir las resoluciones que recaigan en ellos.

Esta Judicatura formará parte del Poder Judicial y tendrá la estructura, organización, composición y competencia que la presente ley establece.

En lo no previsto por ella u otras leyes especiales, se regirá por las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales y las leyes que lo complementan.

familia sosteniendo que el “objetivo central de la iniciativa crear en Chile una judicatura especializada, como eran los juzgados de familia”²³. Con ese fin, propuso que la redacción del artículo 1º fuera igual a la aprobada en la comisión de familia de la cámara de diputados. De acuerdo a dicha redacción, se proponía crear los tribunales de familia como una judicatura especializada, además, les señalaba su competencia, los declaraba parte del Poder Judicial e indicaba las normas por las que se regirían, haciéndoles aplicables en forma subsidiaria las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales. Los miembros de las comisiones unidas coincidieron con la opinión del diputado Walker y se acordó, por unanimidad, redactar el artículo 1º como se había acordado en la comisión de familia²⁴. Dicho precepto fue aprobado con adecuaciones de forma en el senado, quedando el artículo 1º de la ley 19.968, con las modificaciones introducidas por el congreso, en los siguientes términos: “créanse los juzgados de familia, encargados de conocer los asuntos de que trata esta ley y los que les encomienden otras leyes generales y especiales, de juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado. Estos juzgados formarán parte del Poder Judicial y tendrán la estructura, organización y competencia que la presente ley establece. En lo no previsto en ella se regirán por las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales y las leyes que lo complementa.”

En las comisiones unidas, se acordó, también, modificar el que pasó a ser el artículo 2º del texto aprobado, relativo a la integración de los tribunales de familia, ya que, según el diputado Sergio Elgueta (DC) “se daba a entender que los juzgados de familia funcionarían en forma colectiva o, lo que es lo mismo, que tendrían una composición colegiada, sentido que contradiría la idea del tribunal unipersonal de composición múltiple”²⁵. En los mismos términos el diputado socialista, Juan Bustos, hizo notar que, en materia procesal, “integración” tenía un sentido muy específico que

²³ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 88.

²⁴ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 88.

²⁵ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 88.

podía confundir al intérprete de la norma. En base a estas observaciones, se decidió, por unanimidad, regular la conformación de los juzgados de familia en el artículo 2º, eliminando el término “integración”. El artículo citado, además, expresaba que dichos juzgados contarían con un consejo técnico asesor, un administrador y una planta de oficiales de secretaría²⁶.

En el senado, la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, mantuvo las modificaciones introducidas por la cámara de diputados al artículo 2º, agregándose las funciones que cumplirían sus distintas unidades administrativas. Dicha decisión se fundamentó, en que con ello se “sigue el criterio organizativo dispuesto para los nuevos tribunales con competencia en lo criminal, que ha permitido un buen funcionamiento. El número de funcionarios del tribunal que cumplirán, en definitiva, cada una de las funciones que se mencionan, dependerá de los requerimientos que se produzcan en la práctica, pero se obliga a que existan tantas unidades administrativas como funciones se deben cumplir, lo que permite adecuar la estructura interna a las necesidades efectivas del tribunal”²⁷.

Debe hacerse presente que la indicación sustitutiva total del proyecto de ley, presentada el 30 de mayo de 2001 por el ejecutivo, corrigió una falencia grave que presentaba el proyecto consistente en la creación y distribución geográfica de los nuevos juzgados de familia a lo largo del país. Éste fue uno de los puntos más debatidos en el congreso puesto que respondía a una necesidad de las regiones que los distintos parlamentarios representaban. Finalmente, se logró llegar a un consenso en la comisión mixta formada ante el rechazo de la cámara de las modificaciones realizadas por el senado, quedando el artículo 4º de la ley 19.968 con la distribución definitiva de los tribunales de familia en todo el territorio nacional²⁸. Salvo la situación descrita sobre la distribución geográfica, el resto de los preceptos sobre la creación y

²⁶ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 88.

²⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2352.

organización de los juzgados de familia fueron aprobados en el congreso, con el fin de instaurar en Chile los nuevos tribunales especiales de familia.

El texto final de la ley 19.968, referido a la creación de los tribunales de familia y su organización, fue aprobado con las modificaciones introducidas por el congreso. El artículo 1º de la ley crea los juzgados de familia como una judicatura especializada encargada de conocer los asuntos que trata la ley 19.968 y aquellos que les encomiendan otras leyes generales o especiales. En su artículo 2º, la ley 19.968, regula la conformación de los juzgados de familia, estableciendo, además, que los juzgados de familia cuentan con un consejo técnico, administrador y planta de empleados de secretaría, el mismo precepto señala las funciones que eficaz y eficientemente deben cumplir las diversas unidades administrativas. En el artículo 3º, la ley 19.968 ordena la potestad jurisdiccional de los jueces de familia, señalando que cada juez ejercerá unipersonalmente dicha potestad respecto de los asuntos que las leyes encomiendan a los juzgados de familia. El artículo 4º, finalmente, crea los nuevos juzgados de familia en las comunas de Chile, asignándoles el número de jueces que indica.

En lo relativo a la competencia que el proyecto de ley entregaba a los tribunales de familia, se confirmó un importante objetivo de la creación de dicha judicatura especializada y que era terminar con la dualidad de tribunales competentes para conocer de los conflictos de la familia. En el artículo 17 del proyecto, se proponía otorgar a los tribunales de familia, competencia sobre materias que antes conocían los juzgados de menores y los juzgados de letras en lo civil, tales como, cuidado personal de los hijos (tuición de menores), relación directa y regular (visitas), el derecho de alimentos, acciones relativas estado civil de las personas, asuntos relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio, actos sobre violencia intrafamiliar, adopción de menores, entre otros²⁹.

²⁹ El artículo 17 del proyecto de ley contenía en total diecisiete materias que el tribunal de familia debía conocer, las que en definitiva en la ley 19.968 pasaron a ser diecinueve materias reguladas en el artículo 8º de dicha ley.

De la competencia de los tribunales de familia, el proyecto de ley exceptuaba solamente las nulidades de matrimonio por vicios de forma y aquellas materias de orden sucesorio.

La razón que estimó el ejecutivo para exceptuar las nulidades de matrimonio por vicios de forma, era que “se ha estimado necesario excepcionar expresamente del conocimiento de estos tribunales las causas sobre nulidades de matrimonio basadas en la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil ante quien se celebran, en atención a las graves consecuencias sociales -de todos conocidas- que conlleva la utilización de esta norma. Sin perjuicio de lo anterior, se establece la obligatoriedad de que las partes resuelvan, por acuerdo directo o por decisión del tribunal de familia, los aspectos concernientes a las condiciones económicas y personales de la vida futura de los hijos menores”³⁰.

En la comisión de familia, de la cámara de diputados, los representantes del ejecutivo explicaron que se habían excluido dichas causales de nulidad del matrimonio por dos razones: “la primera dice relación con la necesidad de evitar que los jueces de familia se vieran forzados a hacerse cómplices de un procedimiento muy utilizado hoy en día, pero que la mayoría de las veces, como se sabe, es fraudulento. La segunda se refiere a la intención del ejecutivo de no contaminar a estos tribunales con un procedimiento de esa naturaleza. Es decir, se quiso velar por la honestidad y credibilidad de estos nuevos órganos”.

La comisión de familia, no compartiendo dichos argumentos, eliminó las excepciones referidas, otorgándole competencia al tribunal de familia para conocer de las causas de divorcio y de nulidad de matrimonio. No obstante, el ejecutivo volvió a su propuesta original de exceptuar las nulidades de matrimonio de la competencia de los tribunales de familia, en la indicación sustitutiva total del proyecto original, esta vez por diversas razones. Según dijeron los representantes del ejecutivo ante las comisiones

³⁰ Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Boletín 2118-18. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Cámara de Diputados, 5 de noviembre de 1997, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 105.

unidas, “entendían que el tema de las nulidades era muy complejo y de difícil solución por la situación que presupone, ya que es la salida actual a las rupturas matrimoniales. Precisamente, teniendo en cuenta que normalmente se funda en situaciones fraudulentas y abusivas de la ley para la obtención de la nulidad, no se quiso innovar ni llevar estos procesos a los juzgados de familia, en los que, por ejemplo, la aplicación del principio de la inmediación y el contacto directo entre las partes tienen gran importancia, circunstancias que complicarían excesivamente el proceso. Además, también se tuvo en cuenta, como lo señala el Mensaje, que se trata de una materia que exige pronunciamientos de derecho sobre aspectos técnico jurídicos, más propios de la competencia de los tribunales civiles”³¹. A pesar de estas explicaciones, y considerando, que existía un proyecto de ley en tramitación, sobre el divorcio y la nulidad del matrimonio civil, las comisiones unidas acordaron por mayoría, incluir dentro de la competencia de los tribunales de familia el divorcio y la nulidad de matrimonio³². En el senado, fue también aprobado en los mismos términos, sin mayor debate.

Esta importante modificación introducida por el congreso a la propuesta del ejecutivo, quedó plasmada en el artículo 8º de la ley 19.968, el que en su numeral 16), señala que “corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 16) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil”.

b. Procedimientos ante los tribunales de familia

El proyecto del ejecutivo, proponía regular, en general, dos clases de procedimientos: el procedimiento ordinario y los procedimientos especiales. El proyecto, en su título III, planteaba establecer el procedimiento ordinario y en el título V, se proponía regular los procedimientos especiales de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores de edad, el procedimiento de violencia

³¹ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 95.

³² Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 96.

intrafamiliar y de los actos judiciales no contenciosos. Debe señalarse que en el título III, el proyecto proponía algunas disposiciones aplicables a todo procedimiento sobre principios formativos del procedimiento, reglas generales para todo procedimiento y medidas cautelares que se podían adoptar por el juez de familia.

En relación con las reglas generales de todo procedimiento, en las comisiones unidas de la cámara baja, los representantes del ejecutivo propusieron considerar la versión propuesta por la comisión de familia de la cámara de diputados porque les parecía mucho más clara. Se procedió a dar lectura al texto acordado por la comisión de familia que señalaba que “los jueces de familia conocerán en una sola causa de las distintas materias de su competencia que unas mismas partes acuerden someter a su consideración”. En su inciso segundo, se añadía que los jueces “podrán, además, disponer de oficio la acumulación que sea procedente de acuerdo con las reglas generales”.

Los representantes del ejecutivo explicaron la disposición señalando que era muy común que en los juzgados de menores las partes discutieran sobre alimentos, visitas y tuición, materias todas que requerían la formación de juicios separados, con expedientes y audiencias distintas. Dicha situación era la que se buscaba remediar “por la vía de ver todas estas acciones en conjunto, dejando delimitado en la misma audiencia el ámbito de lo que, en definitiva, se sometería a la decisión judicial”. Señalaron que, en todo caso, para someter estas cuestiones a la decisión del juez, debería bastar con que una de las partes lo solicitare, por lo que propusieron prescindir del acuerdo de las partes como lo exigía el inciso primero del texto propuesto por la comisión de familia, ya citado.

Las comisiones unidas, a sugerencia del diputado Ignacio Walker, acordaron, por unanimidad, aprobar el siguiente texto, como artículo 17: “Unidad de competencia. Los jueces de familia conocerán en una sola causa de las distintas materias de su competencia que una o ambas partes sometan a su decisión”³³.

³³ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 101.

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, los representantes del ejecutivo, propusieron modificar el artículo 17 del texto aprobado por la cámara baja por una disposición que, bajo el nombre de “conexidad”, ordenara que “los jueces de familia conozcan conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración. La sentencia deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso”. Los representantes del Ministerio de Justicia, justificaron su indicación en la conveniencia de que los distintos juicios sostenidos entre las mismas partes sean tramitados en un proceso único. El senado aprobó esta nueva proposición del ejecutivo, que modificaba la aprobada por la cámara, con la sola adecuación del título del artículo, el que se modificó por “acumulación necesaria”, ya que según dijeron los senadores, era un concepto más descriptivo³⁴.

Las modificaciones introducidas por el congreso al texto propuesto por el ejecutivo, quedaron en la ley 19.968 aprobada, estableciéndose en el artículo 17 la acumulación necesaria en los siguientes términos: “los jueces de familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración, siempre que se sustancien conforme al mismo procedimiento, salvo que se trate de la situación regulada por el inciso final del artículo 9º de la ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar . La sentencia deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso”³⁵.

En relación con el tema de las notificaciones de las resoluciones dictadas por el juzgado de familia, el proyecto de ley proponía que “la primera notificación a la demandada se efectuará personalmente por el ministro de fe que el juez determine,

³⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2373.

³⁵ El artículo 9º de la ley 20.066 regula las medidas accesorias que el juez de familia puede adoptar en los procedimientos especiales de violencia intrafamiliar. El inciso final del artículo 9º señala “Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes”.

conforme a la proposición que, atendiendo a las circunstancias del lugar en que funcione el tribunal y restantes consideraciones que miren a la eficacia de su actividad, haya formulado el administrador. La parte interesada podrá siempre encargar, a su costa, la práctica de la notificación a un receptor judicial. Todas las restantes notificaciones, salvo las de las resoluciones enumeradas en el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, que lo serán por carta certificada, se practicarán por el estado diario.” El precepto, además, otorgaba, el carácter de ministros de fe a los funcionarios de secretaría de los tribunales de familia, a personal de Carabineros y de la Policía de Investigaciones. También proponía regular las notificaciones por carta certificada, las que se entendían practicadas desde el día siguiente a aquél en que sean expedidas.

En las comisiones unidas de la cámara de diputados, se discutió el precepto propuesto sobre las notificaciones de las resoluciones y los representantes del ejecutivo explicaron que la norma mantenía la regla general de que la primera notificación se practicara personalmente, haciéndose cargo, en seguida, de una situación de ordinaria ocurrencia “cual es la que el demandado mude constantemente de domicilio haciendo imposible o muy dificultosa la primera notificación, razón por la que se establece la notificación subsidiaria por avisos”³⁶.

Ante consultas de los integrantes de las comisiones, precisaron los representantes del ejecutivo que la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba no ofrecía mayores problemas porque dicha resolución debería dictarse en la misma audiencia principal, de tal manera que las partes quedaban inmediatamente notificadas.

Algunos integrantes de las comisiones expresaron ciertas dudas sobre la notificación por avisos, ya que, según señalaron, “podría prestarse para la acción de litigantes de mala fe, siendo preferible buscar formas que resguarden mejor el conocimiento que debe tomar el demandado de la existencia de la demanda en su contra”. Los representantes del ejecutivo, sostuvieron que la notificación sustitutiva de

³⁶ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 106.

la personal contemplada en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, en que se exige acreditar que la parte demandada se encuentra en el lugar del juicio y que se indique por el ministro de fe, cuál es su morada, resultaba muy engorrosa y complicada, razón por la que se había propuesto la notificación por avisos.

No obstante los argumentos anteriormente señalados, los representantes del gobierno, sugirieron sustituir la disposición que proponían sobre la notificación por avisos por otra norma similar a la contemplada en el Código Procesal Penal, en la que se buscaba resguardar la certeza de la notificación a las partes. La proposición fue la siguiente: “en los casos que no resultare posible practicar la notificación personal, el juez dispondrá otra forma de notificación por cualquier medio de notificación idóneo que garantice la debida información del notificado para el adecuado ejercicio de sus derechos”³⁷.

La diputada Isabel Allende (PS), objetó la nueva proposición del ejecutivo, expresando que ésta “significaba trasladar al juez la responsabilidad de determinar cuál sería la forma idónea de notificar”. El diputado Ignacio Walker (DC), ante esta objeción, hizo presente que “siempre las notificaciones substitutivas de la personal resultaban complicadas y ante el avance de las nuevas técnicas comunicacionales, le parecía lógico confiar en el criterio judicial. Asimismo, no existía ninguna razón para entender que los términos ‘cualquier medio de notificación idóneo’, deberían necesariamente referirse sólo a diarios, radio o televisión, sino que deberían tomarse en sentido amplio”³⁸.

En relación con las notificaciones por carta certificada, el diputado Luis Monge (RN) consideró muy exiguo el plazo de dos días desde los cuales se debía entender practicada la notificación por carta certificada, especialmente por el inadecuado funcionamiento de correos en regiones, motivo que lo llevó a sugerir aumentar dicho plazo a tres días hábiles.

³⁷ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 107.

³⁸ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 107.

Finalmente, las Comisiones acogieron la proposición del diputado Luis Monge e hicieron suyas las proposiciones del Ejecutivo, procediendo a aprobar el artículo en términos similares a los planteados en el proyecto y que fue el siguiente: “la primera notificación a la demandada se efectuará personalmente por el ministro de fe que el juez determine, conforme a la proposición que, atendiendo a las circunstancias del lugar en que funcione el tribunal y restantes consideraciones que miren a la eficacia de su actividad, haya formulado el administrador. La parte interesada podrá siempre encargar, a su costa, la práctica de la notificación a un receptor judicial. En los casos que no resultare posible practicar la notificación personal, el juez dispondrá otra forma de notificación por cualquier medio de notificación idóneo que garantice la debida información del notificado para el adecuado ejercicio de sus derechos. Las restantes notificaciones se practicarán por el estado diario, salvo que se trate de las sentencias definitivas y de las resoluciones en que se ordene la comparecencia personal de las partes, las que serán notificadas por carta certificada. Las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas desde el tercer día subsiguiente a aquél en que fueron expedidas. Para los efectos de lo prescrito en el presente artículo, tendrán el carácter de ministros de fe los funcionarios de secretaría de los juzgados de familia. Excepcionalmente, y por resolución fundada, el juez podrá ordenar que la notificación se practique por personal de Carabineros o de la Policía de Investigaciones”.

En el senado, en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, fueron aprobadas las indicaciones del Presidente de la República realizadas a la disposición sobre notificaciones de las resoluciones. La primera indicación del ejecutivo, proponía regular que “las notificaciones de las resoluciones judiciales se realizarán por los funcionarios del tribunal que hubiere expedido la resolución, que hubieren sido designados para cumplir esta función por el juez presidente del comité de jueces, a propuesta del administrador del tribunal. La parte interesada podrá siempre encargar, a su costa, la práctica de la notificación a un receptor judicial. En los casos que no resultare posible practicar la primera notificación personalmente, el juez dispondrá otra forma por cualquier medio idóneo que garantice la debida información del notificado para el adecuado ejercicio de sus derechos”. También fue aprobada la

indicación del Presidente de la República que incorporaba un inciso final nuevo, que facultaba a “cualquiera de las partes para solicitar para sí otras formas de notificación, que el juez podrá autorizar si, en su opinión, resultaren suficientemente eficaces y no causaren indefensión”. La comisión del senado, sólo modificó la indicación del ejecutivo, en la primera parte del inciso primero, precisando que se trataba de la “primera notificación a la parte demandada” y no de la “notificación de las resoluciones judiciales”³⁹.

Con las modificaciones introducidas en el senado, fue aprobado el texto del artículo 23 de la ley 19.968, que, bajo el título notificaciones, establece que la primera notificación a la demandada se efectuará personalmente por un funcionario del tribunal, que haya sido designado para cumplir esta función por el juez presidente del comité de jueces, a propuesta del administrador del tribunal. La parte interesada podrá siempre encargar, a su costa, la práctica de la notificación a un receptor judicial.

Agrega la disposición, que en los casos en que no resultare posible practicar la primera notificación personalmente, el juez dispondrá otra forma, por cualquier medio idóneo, que garantice la debida información del notificado para el adecuado ejercicio de sus derechos.

Como regla general, se establece en la ley 19.968 que las restantes notificaciones se practicarán por el estado diario, salvo que se trate de las sentencias definitivas y de las resoluciones en que se ordene la comparecencia personal de las partes que no hayan sido expedidas en el curso de alguna de las audiencias, las que serán notificadas por carta certificada. Las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas desde el tercer día siguiente a aquél en que fueron expedidas.

³⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2376.

Por último, el artículo 23 de la ley 19.968, establece que excepcionalmente, y por resolución fundada, el juez podrá ordenar que la notificación se practique por personal de Carabineros o de la Policía de Investigaciones.

Un tema procesal importante a lo largo de la historia de formación de la ley 19.968 fue la prueba en los procedimientos que se siguen ante los juzgados de familia. El proyecto proponía dentro de las reglas generales del procedimiento que “constituirán medios de prueba en los juicios de que trata esta ley, los instrumentos, la confesión, los testigos, el informe de peritos, la inspección personal del tribunal, las presunciones, y todo otro medio que, lícitamente obtenido, sirva para formar la convicción del juez. El juez decretará, en cualquier estado del procedimiento, la práctica de las diligencias probatorias que estime necesarias. Podrá asimismo requerir informes a cualquier organismo público o privado. Especialmente, requerirá al Servicio Nacional de Menores informes psicológicos, sociales u otros, cuando se trate de asuntos relativos a los beneficios que otorga dicho organismo. La entidad requerida deberá entregar los informes solicitados dentro de diez días hábiles contados desde que se le notificó el requerimiento, a menos que se encuentre jurídica o materialmente imposibilitada de proporcionarlos”.

En cuanto a la apreciación de la prueba, el proyecto planteaba en su artículo 32 que la prueba “se apreciará en conformidad con las reglas de la sana crítica”.

En el debate parlamentario, las comisiones unidas de la cámara de diputados, aprobaron sin discusión los preceptos que proponía el ejecutivo en la indicación sustitutiva total del proyecto de ley, que intentaba establecer, en forma mucho más concisa que en el proyecto, las reglas generales sobre la prueba. En primer lugar, se propuso y aprobó en los mismos términos por la cámara, que “constituirán medios de prueba todos aquellos que fueren obtenidos lícitamente y que sirvan para formar la convicción del juez”. También, en los mismos términos se aprobó por la cámara de diputados la proposición del ejecutivo referente a la apreciación de la prueba, que señalaba que “la prueba se sopesará conforme a las reglas de la sana crítica, es decir,

aquellas en que el tribunal expresa las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les asigna valor o las desestima”⁴⁰.

En el senado, en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, a propósito de las reglas generales sobre la prueba, las disposiciones aprobadas en la cámara fueron objeto de una indicación sustitutiva del Presidente de la República, cuyos representantes explicaron ante la comisión, que, con dicha indicación, se proponía extender a los procedimientos de los juzgados de familia, la experiencia recogida de la aplicación de las reglas probatorias contenidas en el nuevo Código Procesal Penal. Así, propusieron un nuevo párrafo, dividido en cinco acápites.

El primer acápite propuesto por el ejecutivo, fue sobre las disposiciones generales de la prueba, expresándose que “todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juzgado podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”. La comisión del senado, aprobó esta indicación, con la sola precisión que el conocimiento del asunto correspondía al “juez”, y no al “juzgado”⁴¹. Con dichas modificaciones, fue aprobado el precepto, también, en la cámara de diputados.

La ley que crea los tribunales de familia, regula en el artículo 28, la libertad de prueba que señala, tal y como fue aprobado en el congreso, que todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley.

La indicación del ejecutivo presentada ante la comisión del senado, proponía establecer que “las partes podrán ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez de familia que ordene, además, la generación de

⁴⁰ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 107.

⁴¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2378.

otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un servicio público o de terceras personas, tales como pericias, documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado". La disposición propuesta añadía que "el juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate". En este punto, la comisión, según se dejó constancia en actas, prefirió aludir a un "órgano o servicio público", en lugar de la sola remisión a este último, para aclarar que comprende a cualquier organismo del Estado y no sólo a los que la ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, define como "servicio público"⁴². Con dicha enmienda, se aprobó unánimemente el precepto propuesto en el senado y con posterioridad en la cámara de diputados.

La ley 19.968 regula en el artículo 29, el ofrecimiento de medios de prueba por las partes en los mismos términos en los que fue aprobado en el congreso.

La proposición del ejecutivo sobre la prueba, que fue presentada ante la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, contenía, también, la regulación de las denominadas convenciones probatorias, es decir aquellas que las partes han solicitado, en conjunto, al juez de familia para que éste dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en la audiencia de juicio.

La representante del SERNAM, manifestó ante la comisión del senado, su preocupación por la facultad que otorga el artículo a las partes para excluir ciertos hechos que no podrán ser discutidos en el juicio, ya que, según expresó "si existe predominio de una de las partes por sobre la otra, aquélla podría ejercer coacción para lograr este acuerdo"⁴³.

⁴² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2378.

⁴³ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2379.

El representante del Ministerio de Justicia, explicó ante dicha inquietud que, de no existir esta facultad de las partes, las audiencias de prueba podrían verse sobrecargadas de trabajo. Señaló que “la utilidad de las convenciones probatorias en el proceso oral, como demuestran las reglas procesales penales, que no han suscitado problemas, es concentrar el debate y el trabajo del tribunal en aquellas materias en que hay discrepancia. La decisión al respecto, en definitiva, es adoptada por el juez”⁴⁴.

En base a estas observaciones, la comisión del senado, estimó conveniente precisar que la exclusión de prueba sobre ciertas materias “no es automática, esto es, será resuelta por el tribunal al conocer la solicitud que le presenten las partes”. Por ello, se consideró necesario precisar el efecto de las convenciones probatorias y ampliar las atribuciones que el juez tendrá a su respecto. Finalmente, se acordó y se aprobó unánimemente, el siguiente texto: "durante la audiencia preparatoria, las partes podrán solicitar, en conjunto, al juez de familia que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en la audiencia de juicio. El juez de familia podrá formular proposiciones a las partes sobre la materia, teniendo para ello a la vista las argumentaciones de hecho contenidas en la demanda y en la contestación. El juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto. Asimismo, el juez verificará que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de los efectos de la convención”.

Tal y como se acordó y aprobó en el congreso, la ley 19.968 establece las convenciones probatorias en su artículo 30 en los mismos términos aprobados, institución que no se encontraba contemplada en el proyecto, y que fue introducida por el congreso al aprobar la indicación presentada por el ejecutivo.

⁴⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2379.

Otra norma tomada de la experiencia de los tribunales con competencia en lo penal fue la proposición del ejecutivo de regular la exclusión de prueba, señalándose en la comisión del senado, que “el juez de familia, luego de examinar las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva”⁴⁵.

En la discusión de la institución sobre exclusión de prueba, Andrés Chadwick, senador UDI, hizo presente que “la apreciación de las pruebas que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales será determinada por el juez caso a caso, considerando las particularidades de la relación que haya existido entre los cónyuges o, en general, entre las partes en el juicio”⁴⁶. Dejándose constancia en actas de dicha intervención, se procedió a aprobar favorablemente, el artículo propuesto por el ejecutivo. En los mismos términos aprobados en el congreso, transcritos en el párrafo anterior, la ley 19.968 regula la exclusión de la prueba en su artículo 31, institución que al igual que las convenciones probatorias, no estaba contenida en el proyecto original del ejecutivo.

En relación con la valoración de la prueba, el ejecutivo propuso en la indicación presentada ante la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, que “los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá

⁴⁵ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2380.

⁴⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2380.

hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia⁴⁷. En los mismos términos propuestos fue aprobado por el senado y por la cámara, quedando el texto aprobado en el artículo 32 de la ley 19.968, bajo el título “valoración de la prueba”⁴⁸.

Se puede observar que en relación con el proyecto, la ley 19.968, al regular la apreciación o valoración de la prueba, no se modificó el criterio de la sana crítica que había propuesto el ejecutivo en el artículo 32 del proyecto de ley, no obstante en el congreso se introdujeron modificaciones que lo complementaron y que obligaron al juez a hacerse cargo de la prueba rendida en la sentencia, lo que no regulaba el proyecto de ley.

c. Principios del procedimiento ante los tribunales de familia

- Inmediación: La inmediación, uno de los objetivos fundamentales del proyecto en materia procesal, consistente en que el juez debía conocer el juicio en forma directa, se manifestaba por una parte, en la oralidad de los procedimientos, lo que, según el mensaje, favorecía la publicidad y la imparcialidad del juicio, contribuyendo a aumentar su legitimidad. También se proponía, la prohibición de delegar actuaciones del juez en los funcionarios del tribunal, en el artículo 21 del

⁴⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13^a, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2380.

⁴⁸ El Ejecutivo también propuso regular dentro de la prueba los siguientes acápite: testigos, prueba pericial, declaración de las partes y otros medios de prueba, proposiciones todas que fueron aprobadas por el senado y por el Congreso y que en definitiva quedaron en el texto de la ley 19.968, en los artículos 33 y siguientes. Su discusión detallada la hemos omitido intencionalmente, ya que su carácter procesal escapa del objeto de este trabajo.

proyecto, sancionándose dichos actos de delegación con nulidad, pretendiéndose así corregir una grave falencia de los tribunales de menores y civiles y que consistía en delegar en funcionarios no letrados, actos como las audiencias de contestación o conciliación, e incluso la redacción de las sentencias definitivas.

El congreso, mantuvo la inmediación y no se produjo mayor discusión en torno a este principio, ni en la cámara baja ni en el senado. En la ley quedó plasmado este principio, tanto en el artículo 10 que establece que todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones señaladas en la ley; como en el artículo 12, que establece que las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones.

- Comparecencia personal: En las reglas generales del procedimiento, que el ejecutivo propuso regular en el párrafo segundo del título III del proyecto de ley, se permitía, en el artículo 25, que las partes pudieran actuar personalmente, sin necesidad de mandatario judicial ni abogado patrocinante, a menos que el juez así lo ordenara expresamente, lo que se debiera hacer en todos los casos en que una de las partes contare con asesoría de un abogado. Además, se proponía simplificar el otorgamiento del mandato judicial, señalando que bastaba que constara por escrito.

En el primer informe de la comisión de familia, de la cámara baja, se señaló, a propósito de la posibilidad de comparecer personalmente ante los tribunales de familia que, con esa regulación, se pretendía asegurar un mayor grado de igualdad en el acceso a la justicia, ya que la mayoría de los usuarios de los tribunales serían personas de menores recursos, que no podían costear la asesoría y representación de un abogado.

La discusión que se produjo en ese momento, provocó una fuerte crítica de parte del diputado Sergio Elgueta (DC) al sistema judicial existente ya que, en su opinión, se “revela un problema de escasez de recursos fiscales que conlleva una situación de

atropello de los derechos constitucionales de las personas, pues la Carta Fundamental asegura a todas éstas el derecho a la defensa jurídica, siendo deber del Estado el proporcionar asesoramiento a quienes no puedan procurárselo por sí mismos³¹.

Dejando constancia de ello, la Comisión acordó, unánimemente, modificar los términos en que estaba planteado el artículo del proyecto, de modo que se permitiera a las partes actuar personalmente o a través de un abogado patrocinante³².

En las comisiones unidas de la cámara de diputados, se generó una discusión semejante a la ya analizada en la comisión de familia, a propósito de la comparecencia en juicio. El debate, no obstante, se centró en que la propuesta del ejecutivo en este punto, disponía que si una de las partes no contaba con asesoría jurídica y la otra sí, el juez debía ordenar que la actuación se realizara a través de mandatario judicial. Para algunos diputados de las comisiones, esto podría traducirse en maniobras dilatorias de la parte que no tenía asesoría jurídica, pero los representantes del ejecutivo y el diputado Ignacio Walker (DC), recordaron que el fin de la disposición era evitar situaciones de desequilibrio entre las partes. El fin de la propuesta del ejecutivo no era pronunciarse sobre la situación de la defensa jurídica en general. Finalmente, se llegó al acuerdo, por mayoría de votos, de redactar el texto sobre comparecencia en juicio, en forma tal que en el caso de que una de las partes no pueda o no quiera proveer a su propia defensa, el juez deberá tomar las medidas necesarias para asegurarle una debida asesoría a su costa, si fuere solvente³³.

³¹ Informe de la Comisión de Familia. Fuente Asistente Legislativo Web Biblioteca Congreso Nacional [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [consulta: 10 de enero de 2007].

³² Artículo 25 (que pasó a ser 24): “En los procedimientos que se sigan ante los tribunales de familia, las partes podrán actuar personalmente o a través de abogado patrocinante. El juez podrá ordenar expresamente que la actuación de las partes se realice a través de mandatario judicial, lo que deberá hacer en todos los casos en que una de las partes cuente con asesoría de letrado.” Informe de la Comisión de Familia. Fuente Asistente Legislativo Web Biblioteca Congreso Nacional [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [consulta: 10 de enero de 2007].

³³ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 103 a 105.

En el segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, se discutió la propuesta del ejecutivo, modificada por la cámara baja. En relación con el artículo 18 de la proposición, que planteaba la posibilidad de actuar ante los tribunales de familia personalmente o por medio de abogado patrocinante, el Ejecutivo presentó una indicación que eliminaba el inciso segundo de dicho artículo, que encargaba al juez calificar la solvencia de las partes para asegurarle su debida defensa, porque en definitiva dicha función, según señalaron, no le corresponde al juez. La mayoría de la comisión, respaldó la nueva propuesta, ya que “la labor del tribunal debe limitarse a ordenar que se cuente con el patrocinio y poder que corresponda, pero la determinación del abogado habilitado y, en su caso, del mandatario judicial, debe ser resorte del interesado, quien podrá acudir para estos efectos a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a otro organismo que preste asesoría jurídica gratuita”³⁴.

En la ley se recogieron las modificaciones introducidas, y el artículo 18 regula la comparecencia en juicio, señalando que en los procedimientos que se sigan ante los juzgados de familia, las partes podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de mandatario judicial y de abogado patrocinante, a menos que el juez así lo ordene expresamente, especialmente en aquellos casos en que una de las partes cuente con asesoría de letrado.

- Principio de Desformalización o Procedimiento Desformalizado: El proyecto declaraba en su artículo 18 que el procedimiento ante los tribunales de familia sería esencialmente oral, público, desformalizado y concentrado. La desformalización del procedimiento, se proponía regular en el artículo 19 que indicaba que el juez, en silencio de la ley, determinaría la forma como se verificaran las actuaciones, y en esta

³⁴ El Senador señor Moreno, (DC) dejó constancia que, “aunque habría preferido mantener el inciso segundo por razones de claridad, las consideraciones que arguye la mayoría de la Comisión, de las cuales se desprende que las partes no quedarán en la indefensión, lo llevan a sumarse a esa posición”. Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2373 y 2374.

tarea como en la de interpretar las normas del procedimiento, tendría siempre presente que su objeto es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y la mejor y más pronta decisión de la controversia³⁵. Además, al proponer la regulación del procedimiento ante los tribunales de familia, se percibía la falta de formalidades procesales, como se podía apreciar en el artículo 42 del proyecto, que permitía iniciar el procedimiento, mediante una demanda oral o escrita. En el caso de la demanda oral, el proyecto disponía que el funcionario del tribunal que correspondiera, procedería a protocolizar los términos de la pretensión de la parte demandante, en un formulario especialmente destinado a este efecto³⁶.

En el informe de las comisiones unidas, se mantuvo el principio de desformalización, en los mismos términos que proponía el proyecto. No obstante en el senado, en las sesiones de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, el artículo que disponía el principio de desformalización (artículo 19 del proyecto de ley) fue derogado, considerándose por la comisión que la propuesta del ejecutivo “no incide en un tema de interpretación de la ley procesal, sino de creación normativa, lo que incursiona en atribuciones propias del legislador y no del juez de familia”³⁷. Para la comisión, se consideró como suficiente para solucionar las dificultades que se pudieran presentar, lo que se disponía en el artículo 30 del proyecto de ley, que planteaba que en silencio de la ley, serían aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resultaren notoriamente incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que se siguieran

³⁵ El artículo 46 del proyecto, al reglamentar la audiencia preliminar establece sus objetivos (recibir la contestación de la demanda, proponer la mediación, llamar a conciliación, entre otros), pero el orden en que dicha audiencia debe llevarse a cabo, se lo deja enteramente al juez, por aplicación del artículo 19.

³⁶ En relación con el principio de desformalización, y en especial con el artículo 42 del proyecto de ley, en la Comisión de Familia, de la Cámara de Diputados, en su primer informe, se discutió la posibilidad de flexibilizar la exigencia que establecía en dicho artículo, en lo que concierne a la protocolización de la demanda oral, que debe constar en un formulario especial. Para ello se modificó dicho artículo, de modo que no fuere obligatorio que la demanda oral quedare en un formulario especial para el efecto, sino en cualquier acta que se levantara para por un funcionario del tribunal, ya que, según indicó la Comisión, “sería absurdo paralizar la acción de la justicia por ese solo motivo”. Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 10 de enero de 2007]

³⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional p. 2368 y 2369.

ante los tribunales de familia, en cuyo caso el juez podía disponer, según se propuso en el proyecto, la forma en que se practicará la actuación. Así fue aprobado por la comisión del senado y en el congreso.

El principio de desformalización del procedimiento quedó en la ley, con las modificaciones introducidas por el congreso. Primero, el artículo 9° declara dentro de los principios, que el procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. Luego, y en el sentido indicado por el senado, el artículo 27, establece que en todo lo no regulado por esta ley, serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad. En dicho caso, el juez dispondrá la forma en que se practicará la actuación.

- Principio de Publicidad: El proyecto, a propósito de la publicidad del procedimiento, proponía, en su artículo 22, que el procedimiento sería público. Sin embargo, agregaba, el juez de familia podía disponer que todas o algunas actuaciones se efectuaran reservadamente, con el fin de asegurar durante toda la tramitación del procedimiento, el respeto a la intimidad de las partes y demás personas involucradas.

En las comisiones unidas, se discutió el principio de publicidad, el que había sido alterado en su redacción en la indicación sustitutiva, ya que no se expresaba ya dentro de los principios del procedimiento, sino que se proponía como restricción a la publicidad, a propósito del procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección a los derechos de los menores. Con ello, el ejecutivo quiso darle un alcance restringido a la publicidad declarada en el proyecto, en beneficio de la protección de la intimidad de los menores.

Los representantes del SERNAM, observaron en las comisiones unidas, que a diferencia del proyecto, la indicación no había estipulado el principio de publicidad como regla general, ni lo había definido. Recogiendo esa observación, se aprobó

un nuevo artículo, que establecía el principio de publicidad en términos similares al proyecto de ley, debiendo el juez velar por el derecho a la intimidad de las partes, en especial de los menores³⁸.

Dicho precepto, aprobado por la cámara, fue discutido en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, trámite en que los senadores Andrés Chadwick (UDI) y Rafael Moreno (DC) manifestaron su preocupación a los representantes del ejecutivo por la publicidad que, como regla general, se asignaba a las causas de familia porque, en su opinión, “los temas de familia requieren de privacidad, toda vez que la publicidad puede traer nefastos efectos sobre los hijos. En estas materias la regla general debería ser la inversa, es decir, la reserva de todas las actuaciones”³⁹.

El representante del Ministerio de Justicia, ante las inquietudes de los senadores, explicó que la publicidad propuesta en el proyecto, busca establecer control público de la decisión jurisdiccional y apunta a resguardar la imparcialidad del tribunal, pero no habría inconveniente en acotarla a las personas relacionadas con la causa. Hizo presente además, que el proyecto considera expresamente la protección de la intimidad.

En el segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, del senado, el ejecutivo propuso una modificación al principio de publicidad, proponiéndose reemplazar el título del precepto por el de “protección a la intimidad”, de modo de dar un énfasis a la protección de la intimidad de las personas, sobre la publicidad del procedimiento⁴⁰.

³⁸ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 100.

³⁹ Primer Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. [en línea]. <sil.congreso.cl/docsil/info5852.doc. [consulta 5 de diciembre de 2006].

⁴⁰ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2372.

En consecuencia, en la ley 19.968, el principio de publicidad se puede apreciar en los términos en que se modificó en el Congreso, ya que no se declara que el procedimiento es público, sino que dentro de los principios se establece la protección de la intimidad, en el artículo 15, que ordena al juez de familia que vele, durante todo el proceso, por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas y adolescentes. Con ese objetivo, se faculta al juez de familia para prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada.

- Principio de la Actuación de Oficio: El proyecto disponía que, una vez promovido el proceso, el juez debía adoptar, de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad, otorgándole a las partes la facultad de suspender el procedimiento de común acuerdo, por una vez, hasta por sesenta días (artículo 27 del proyecto).

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, a propósito de este principio, el ejecutivo, propuso una indicación aditiva para incorporar la frase de que “no procede el abandono del procedimiento”.

La comisión, consideró que, si bien el principio parecía razonable, atendida la naturaleza de las materias de familia, lo cierto era que, a la luz de la amplia competencia que se proponía consagrar para los tribunales de familia y que, en ocasiones, las partes llegaban a acuerdos extrajudiciales, parecía excesivo disponer que, en todo caso, el juez debía perseverar en el procedimiento. La actuación de oficio por parte del juzgado se explicaría sólo en aquellos casos en que mediara un interés público comprometido⁴¹.

⁴¹ La comisión, con el apoyo del Ministerio de Justicia, procedió a examinar las materias que admiten una mayor disponibilidad para las partes y respecto de las cuales, por lo mismo, procedería el abandono del procedimiento.

Esas materias son las mencionadas en los siguientes números del artículo 8°:

Nº1: Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes;

Nº2: Las causas relativas al derecho y el deber del padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular;

En consideración a la discusión provocada en la comisión, el ejecutivo propuso mantener el artículo original del proyecto y agregar otro que regulara el abandono del procedimiento. En dichos términos, fue aprobado en la comisión y en el congreso.

La actuación de oficio quedó expresada en la ley en el artículo 13 el que señala que promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar, de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor

Nº3: Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación; y a las autorizaciones a que se refieren los párrafos 2º y 3º del Título X del Libro I del Código Civil;

Nº4: Las causas relativas al derecho de alimentos;

Nº5: Los disensos para contraer matrimonio;

Nº6: Los asuntos relativos a las guardas, con excepción de los que digan relación con la curaduría de la herencia yacente y sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil;

Nº7: La vida futura del niño, niña o adolescente, en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil;

Nº11: La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley;

Nº14: El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la ley 19.620;

Nº15: Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares:

a) Separación judicial de bienes;

b) Autorizaciones judiciales comprendidas en los Párrafos 1º y 2º del Título VI del Libro I; y en los Párrafos 1º, 3º y 4º del Título XXII y en el Título XXII-A, del Libro IV; todos del Código Civil;

c) Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos;

Nº16: Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil;

Nº17: las causas de interdicción, y

Nº19: Toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia.

Por otro lado, las materias del artículo 8º de la iniciativa en que existen intereses superiores involucrados y en las cuales, por tanto, el juez debe, necesariamente, actuar de oficio, consisten en:

Nº8: Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;

Nº9: Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas, incluyendo la citación a confesar paternidad o maternidad a que se refiere el artículo 188 del Código Civil;

Nº10: Todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas, o adolescentes exentos de responsabilidad penal, y la aplicación, cuando corresponda, de las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley de Menores;

Nº12: Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la ley 16.618;

Nº13: Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la ley 19.620, y

Nº18: Los actos de violencia intrafamiliar.

Segundo Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. P.2369 a 2371

celeridad. En el artículo 21 de la ley 19.968, quedó regulado el abandono del procedimiento⁴².

- Principio del Interés Superior del Menor: Si bien en el proyecto no se establecía expresamente el principio del interés superior del menor, ello no significaba que no lo reconociera. Así quedaba de manifiesto a lo largo del mensaje, y en el proyecto de ley, se podía apreciar en la regulación del procedimiento especial de la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores de edad (párrafo primero, del Título V del proyecto).

Una de las indicaciones presentadas por el ejecutivo al texto aprobado por la cámara baja, ante la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, intentaba incorporar en el párrafo sobre los principios del procedimiento, el concepto del interés superior del niño, niña y adolescente⁴³. El artículo propuesto por el ejecutivo era del siguiente tenor: “la ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”. Además, agregaba la disposición que “el interés superior del niño, niña o adolescente, 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”.

Los representantes del ejecutivo señalaron ante la comisión del senado que el objetivo de la norma era plasmar la garantía del goce pleno de los derechos de los

⁴² Artículo 21.- Abandono del procedimiento. Si llegado el día de la celebración de las audiencias fijadas, no concurriere ninguna de las partes que figuren en el proceso, y el demandante o solicitante no pidiere una nueva citación dentro de quinto día, el juez de familia procederá a declarar el abandono del procedimiento y ordenará el archivo de los antecedentes. No obstante, en los asuntos a que se refieren los números 8), 9), 10), 12), 13) y 18) del artículo 8º, el juez citará a las partes, en forma inmediata, a una nueva audiencia bajo apercibimiento de continuar el procedimiento y resolver de oficio.

⁴³ El Presidente de la República propuso modificar las palabras “menores de edad” por “niños, niñas y adolescentes”. Esto, explicaron en la comisión los representantes del ejecutivo, era porque se quiere reconocer la autonomía progresiva de las personas, acorde con la evolución de su desarrollo.

niños, niñas y adolescentes, velando por su interés superior, de acuerdo a los tratados internacionales⁴⁴.

En los mismos términos propuestos por el ejecutivo, fue aprobada la disposición que explicitaba el principio del interés superior del menor, tanto en la comisión del senado y con posterioridad en la cámara de diputados.

El reconocimiento expreso del interés superior del menor, se encuentra en la ley promulgada y publicada, en su artículo 16⁴⁵, el cual es concordante con la Convención de Derechos del Niño⁴⁶.

d. Potestad cautelar del juez de familia

En el proyecto de ley del ejecutivo, se proponía establecer la potestad cautelar del juez de familia, en los artículos 34 a 40. En dichos artículos, se planteaba regular en forma detallada las medidas cautelares. Se podría destacar del proyecto los siguientes aspectos sobre la potestad cautelar del juez de familia: era facultativo para el juez otorgar una medida cautelar (artículo 34 del proyecto); la parte que la solicitara debía acompañar pruebas que constituyeran, a lo menos, presunción fundada del derecho que reclama y del peligro que se temiera (artículo 35 del proyecto); el juez podía

⁴⁴ Segundo Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. P.2360

⁴⁵ Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, 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.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

⁶⁴ Artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño: 1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

apreciar la necesidad e idoneidad de la medida solicitada, pudiendo decretar una distinta, si con ella cumpliera mejor la finalidad cautelar.

En el congreso, en el informe de la comisión de familia de la cámara baja, se estableció ciertos criterios en relación con la potestad cautelar del juez de familia. Dichos criterios apuntaban a modificar los términos facultativos en que había sido redactado el artículo 33 del proyecto de ley, de forma que se le otorgaba a la disposición un carácter imperativo, a fin de asegurar la aplicación efectiva de las medidas cautelares; así se eliminó la frase “siempre que exista peligro fundado de lesión o amenaza del mismo”, por considerarse, dicha frase, una restricción al otorgamiento de medidas cautelares, ya que requería de una apreciación subjetiva del juez. La comisión de familia, agregó un inciso que obligara a los jueces de familia a informar a las partes sobre las medidas cautelares que tienen derecho a solicitar⁴⁷.

En el informe de las comisiones unidas de la cámara de diputados, por su parte, quedó de manifiesto la discusión sobre si el juez debía siempre fijar alimentos o visitas provisorias, como medidas cautelares, en los procedimientos que versaran sobre dichas materias. Al diputado Ignacio Walker (DC) y a los representantes del Ejecutivo, les pareció inconveniente facultar al juez para que decretara esas medidas provisorias sin que se oyera a la otra parte. Los representantes del SERNAM y el diputado Exequiel Silva (DC), se manifestaron a favor de dichas medidas cautelares sobre alimentos o visitas provisorias, y señalaron, además, que el juez de familia debía dictarlas en forma obligatoria en los juicios que versaran sobre aquellas materias.

La diputada Fanny Pollarolo (PS), por su parte, señaló que “lo que inspira estas disposiciones es el derecho de los niños de no perder el vínculo con ninguno de los padres, por lo que si se presenta alguna situación especial, el juez tendrá el criterio

⁴⁷ Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc> [Consulta 10 de enero de 2007].

suficiente de decretar las visitas o los alimentos provisorios en condiciones de seguridad para el menor, pero el vínculo con los padres no debe interrumpirse⁴⁸.

La comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, del senado, estuvo de acuerdo con la proposición de regular detalladamente la potestad cautelar de los jueces de familiar, incorporando las medidas prejudiciales del Código de Procedimiento Civil. Por lo mismo, resolvió detallar en forma más precisa las circunstancias que hacen procedente la aplicación de estas medidas, sobre todo considerando que podrán disponerse, incluso, de oficio, y sin notificación previa de la parte a quien afectan.

En relación con el plazo de cinco días que se contemplaba para notificar a la persona contra quien se dictara la medida cautelar, la comisión consideró, conveniente añadir, que el tribunal podía ampliar este plazo por motivos fundados. Con la introducción de esta modificación, la comisión estimó que de esa manera “se concilian mejor dos intereses: por una parte, el de la persona favorecida por la medida, el cual se vería afectado si ésta cesara por el solo vencimiento del plazo, y por otro lado, el de la persona a quien se le impone, respecto de la cual no puede dilatarse indefinidamente su notificación⁴⁹”. Con las modificaciones incorporadas a la proposición se procedió a aprobar el precepto por la comisión y en la misma forma se aprobó en el senado.

En la ley 19.968, como fue aprobado en el congreso, se regula la potestad cautelar del juez de familia, en el artículo 22. Las medidas las puede otorgar el juez en forma facultativa y no obligatoria, siempre que exista verosimilitud del derecho

⁴⁸ Finalmente, por unanimidad, la comisión acogió una proposición del diputado Sergio Elgueta (DC), quien sugirió, como una forma de conciliar las posiciones en debate, anteponer al artículo las siguientes expresiones “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales...”. frase con la cual se salvarían las posibles diferencias entre la legislación que se propone y los textos especiales citados. Así fue aprobado el texto final, que en el publicado pasó a ser artículo 22, ya citado en este trabajo. Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 107 y 108.

⁴⁹ Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2376.

invocado, es decir apariencia del derecho de quien la invoca, y que exista un peligro en la demora que implica la tramitación (peligro en la demora de la dictación de la sentencia). Además señala, que se pueden llevar a efecto las medidas otorgadas, aún antes de ser notificadas a la persona contra quien se dicten, si existen razones graves para ello y mediante una resolución se ordene expresamente⁵⁰.

e. Creación del consejo técnico

El proyecto propuso la creación los consejos técnicos de asesoría especializada, en cada uno de los tribunales de familia, entidad que debía contar con un asistente social y un psicólogo. La función primordial del consejo, según se propuso, era la de asesorar al juez en el análisis de los hechos y situaciones relacionadas con los asuntos que conozcan. Esta función permitiría que el juez, con la ayuda del consejo, pudiera adoptar una solución adecuada, considerando los más variados puntos de vistas y opiniones según las especialidades de los consejeros.

Se agregaba, en el proyecto de ley, que los informes u opiniones que emitan los miembros del consejo técnico serán públicos (artículo 9º del proyecto).

El consejo técnico, según el proyecto, se componía de asistentes sociales y psicólogos y tenía el carácter de un organismo auxiliar de la administración de justicia. Esto último llama la atención, ya que los auxiliares de la administración de justicia

⁵⁰ Artículo 22.- Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

(*continuación nota 68*) Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.

según el Código Orgánico de Tribunales, son personas naturales individualmente consideradas y no órganos u organismos.

Durante el debate parlamentario, en el primer informe de la comisión de familia de la cámara de diputados, a propósito de los profesionales que integrarían el consejo técnico, se propuso ampliar la norma incorporando al proyecto de ley, los “orientadores familiares”, ya que, según estimó la Comisión “su formación los hace especialmente idóneos para desempeñar las labores que la ley en proyecto encomienda a los miembros de dichos consejos”⁵¹.

El mismo informe que se viene comentando, eliminó el carácter público que el proyecto le otorgaba a los informes y opiniones del consejo técnico, fundamentándose tal decisión unánime, en que la disposición así concebida, podía atentar contra el derecho a la privacidad de las personas, “al estar dichos informes normalmente referidos a cuestiones del ámbito familiar”⁵².

Durante el debate de la indicación sustitutiva total del ejecutivo, en las comisiones unidas de la cámara baja, a propósito de la composición y funciones del consejo técnico, el diputado Francisco Huenchumilla (DC) consultó sobre el valor probatorio que la Indicación otorgaba a los informes que emanen de los miembros del consejo técnico y sobre el alcance del término “función primordial”, ya que se inducía a pensar que existían otras funciones no mencionadas en el texto de la indicación. Como respuesta a la última inquietud del parlamentario, los representantes del ejecutivo, propusieron un nuevo artículo en el que se precisaran la función de asesoría que deben cumplir los integrantes del consejo.

Con ese fin, limitaron las asesorías de los miembros del consejo, al ámbito de sus respectivas especialidades; los representantes del gobierno se mostraron partidarios,

⁵¹ Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc> [Consulta 10 de enero de 2007].

⁵² Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc> [Consulta 10 de enero de 2007].

también, de mantener la obligación de poner los informes y opiniones que emitieran los integrantes del consejo en conocimiento de las partes.

El diputado Alberto Cardemil (RN), señaló que era innecesario expresar en la norma que los informes de los consejeros técnicos debieran ser puestos en conocimiento de las partes, por cuanto dentro de las reglas generales se encontraba explicitada dicha obligación. Por su parte, la diputada Isabel Allende (PS) se mostró partidaria de que la disposición expresara que los informes de los consejeros se pusieran en conocimiento de las partes del juicio, dado que éstas debían conocer estos informes, evitando así cualquier interpretación judicial en contrario, opinión a la que se sumó el diputado Luis Monge (RN) quien dijo entender que, en este caso, los integrantes del consejo, no obstante ser auxiliares de la administración de justicia, actuaban como peritos y sus informes tenían valor probatorio, por lo que necesariamente debían ser puestos en conocimiento de las partes.

Igual opinión sostuvo el diputado Juan Bustos (PS), quien estimó que dado que los consejeros cumplen con labores de asesoría, podía entenderse que eran colaboradores directos del juez y que sus informes sólo a al juez le debía interesar; por ello parecía necesario que se señalara expresamente que las partes pudieran tomar conocimiento de ellos, especialmente, si tales informes tenían o podían tener valor probatorio⁵³.

La ministra Adriana Delpiano hizo presente que el juez estaba facultado, en el proyecto, para disponer la reserva para determinadas actuaciones del proceso a fin de

⁵³ En relación con el valor probatorio de los informes del Consejo, en las Comisiones Unidas no se zanjó este punto. En el senado, no se presentó la discusión sobre si los informes de los consejeros tenían valor probatorio. No obstante, de la historia de la formación de la ley 19.968 se puede desprender que dado que los consejeros técnicos son asesores del juez, sus informes carecen de una función probatoria, como los peritos, y el juez no se encuentra obligado a apreciar o valorar dichos informes, ya que sus opiniones sólo tienen como fin poner en perspectiva al juez ciertos temas no jurídicos.

proteger la intimidad del menor y de su familia, razón por la que parecía lógico establecer en esta norma una restricción al principio de publicidad⁵⁴.

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, se eliminó la obligación de poner en conocimiento de las partes los informes del consejo técnico y se desarrollaron en forma detallada las funciones de dicho órgano. No se fundamentaron estas modificaciones, ya que el debate en la comisión del senado fue bastante conciso.

Con la modificación anotada y otras modificaciones de forma fueron aprobadas, en la comisión del senado, las disposiciones propuestas por el ejecutivo que regulaban el consejo técnico de los juzgados de familia.

El consejo técnico, en la ley 19.968, quedó con las modificaciones introducidas en el congreso, así la función de dicha entidad, es asesorar al juez de familia en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad. En cuanto a la composición del consejo, tal como se aprobó en el congreso, la disposición fue ampliada, indicándose que lo pueden integrar profesionales especializados en asuntos de familia e infancia. Además, se puede apreciar, que se corrigió en el congreso, el error del proyecto que le otorgaba al órgano asesor la calidad de auxiliar de la administración de justicia, dándoles este carácter a los miembros que lo componen⁵⁵.

⁵⁴ El diputado Walker, resumiendo el parecer de la comisión, propuso el siguiente texto substitutivo, el que finalmente fue aprobado por mayoría:

“Artículo 7º.- Funciones. La función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad.

Los informes u opiniones que emitan los miembros de este consejo en el cumplimiento de sus funciones, serán puestos en conocimiento de las partes, salvo que el juez decida lo contrario por resolución fundada.” Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 92 y 93.

⁵⁵ El párrafo segundo de la Ley 19.968, trata del consejo técnico:

Artículo 5º.- Funciones. La función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad.

En particular, tendrán las siguientes atribuciones:

f. Soluciones colaborativas, cooperativas o alternativas para la resolución de conflictos

La mediación es la institución que revestía mayor importancia tanto en el proyecto, en su discusión parlamentaria como en la ley, ya que ningún cuerpo normativo lo había regulado previamente y por ende requirió, por parte del legislador, un esfuerzo mayor para adaptarlo lo más posible a la idiosincrasia chilena. Esta institución fue la que, sin lugar a dudas, provocó el más amplio debate en el congreso, cuyas comisiones se hicieron asesorar por un gran número de expertos invitados a exponer sobre el tema.

En el proyecto, se promovía la posibilidad de que las partes accedieran a soluciones cooperativas, tanto antes como durante el proceso, contando con la ayuda del juez conciliador o un tercero mediador.

El proyecto, proponía regular la **mediación** dentro del título III “Del Procedimiento”. La definía en su artículo 23 inciso final, como aquel “sistema de resolución de conflictos no adversarial, en el que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución a su conflicto”. El

a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas;

b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente;

c) Evaluar la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo, y

d) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.

Artículo 6°.- Integración. En cada juzgado de familia habrá un consejo técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia.

Los miembros del consejo técnico son auxiliares de la administración de justicia.

Artículo 7°.- Requisitos para integrar el consejo técnico. Para ser miembro del consejo técnico, se requerirá poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por alguna universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste.

Además, se deberá acreditar experiencia profesional y formación especializada en materia de familia e infancia de, al menos, dos semestres de duración, impartida por alguna de las instituciones señaladas en el inciso primero.

mismo artículo, proponía establecer como un principio del procedimiento la búsqueda de alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes⁵⁶.

El proyecto, proponía establecer de modo expreso los principios que estructuran la mediación, en los artículos 54 a 57 y que son los siguientes: igualdad de condiciones para negociar de las partes, voluntariedad, imparcialidad o neutralidad del mediador y confidencialidad⁵⁷.

En cuanto a las materias sobre las que procede la mediación, el proyecto de ley en los artículos 59 al 61, se encargaba de proponer los asuntos que son de mediación obligatoria y que era aquellos que versan sobre alimentos, cuidado personal de los hijos (tuición) y el derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal (visitas), los que se deberían someter a un procedimiento previo de mediación. Las restantes materias podían ser derivadas a mediación (mediación

⁵⁶ Artículo 23.- Tanto durante el procedimiento como en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes y soluciones acordadas por ellas. En los casos en que no fuere procedente la mediación o cuando ella hubiere fracasado total o parcialmente, el juez podrá, en cualquier estado del proceso, llamar a las partes a conciliación. Para todos los efectos legales, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos no adversarial, en el que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a buscar por si mismas una solución a su conflicto.

⁵⁷ Artículo 54.-Las partes involucradas en un proceso de mediación deberán encontrarse en igualdad de condiciones para negociar. El mediador que detectare que alguno de los involucrados no es libre para negociar o se encontrare en una situación de desventaja o sumisión respecto de la otra parte, deberá procurar lograr un equilibrio y, si ello no fuera posible, deberá suspender o dar por terminada la mediación.

Artículo 55.- Las partes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera audiencia o en cualquier otro momento durante la gestión, alguna de las partes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se tendrá por terminada.

Artículo 56.-Los mediadores deberán guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación.

(*continuación nota 75*) También estarán protegidos por el secreto profesional y no podrán ser llamados a declarar en juicio en favor o en contra de ninguna de las partes, ni sobre lo visto u oído en las mediaciones en que hubieren intervenido.

Sin embargo, quedarán exentos del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tomen conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato en contra de menores de edad o incapaces.

Artículo 57.-El mediador será imparcial y neutral en relación a las partes. Si su imparcialidad se viere amenazada por cualquier causa, deberá rechazar el caso, justificándose ante el tribunal que corresponda. Las partes involucradas podrán también solicitar al tribunal la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida.

facultativa) en cualquier estado de la causa, hasta antes de la audiencia complementaria, mediante resolución que pronunciará el juez, oyendo a las partes.

Por tanto, en la proposición del ejecutivo quedaban excluidos de la mediación, los asuntos relativos a hechos delictivos cometidos por menores de edad, maltrato de menores e incapaces, adopciones, acciones de estado civil, interdicción, nulidad de matrimonio y divorcio (los cuales pasaban a ser asuntos de mediación prohibida). El proyecto no expresaba ninguna disposición sobre la procedencia de mediación en los casos de violencia intrafamiliar.

Pero, además, la propuesta del ejecutivo contenía otra solución alternativa al procedimiento que era el llamado a conciliación obligatoria que debía hacer el juez en la audiencia preliminar, de acuerdo al artículo 46 del proyecto, numeral sexto⁵⁸.

En el congreso, se produjo un amplio debate sobre la mediación, que constituía la gran novedad normativa del proyecto de ley discutido. Hemos centrado el análisis de nuestro trabajo en la discusión parlamentaria sobre los tipos y principios de la mediación propuestos en el proyecto de ley, con referencias mínimas sobre la discusión parlamentaria respecto de aspectos orgánicos y administrativos del sistema de mediación familiar.

En cuanto a los **tipos de mediación** y en relación con la mediación obligatoria, las representantes del ejecutivo explicaron, en las comisiones unidas de la cámara baja, que en los casos en que procedía la mediación obligatoria, estos debían ser sometidos a mediación, previo a la presentación de la demanda, lo que se justificaba por una razón de carácter estratégico, con miras a lograr la sumisión a este procedimiento en forma rápida y masiva, puesto que una vez presentada la demanda, el espíritu adversarial de las partes se fortalecía. Además, hicieron presente que para

⁵⁸ Artículo 46.- La audiencia preliminar tendrá por objeto: 6) Provocar conciliación, por iniciativa del juez y conforme a bases que éste propondrá después de haber escuchado a las partes. De las bases referidas se dejará una constancia extractada en el expediente. En todos los casos en que no se haya sometido la cuestión a mediación, el juez no podrá omitir, bajo circunstancia alguna, el llamado a conciliación proponiendo las bases referidas.

la aplicación de este mecanismo, habría un funcionario u oficial de mediación que recibiría los casos y los derivaría al mediador correspondiente⁵⁹.

En el senado, la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, al revisar el proyecto modificado por la cámara en lo referido a la mediación obligatoria, los representantes del ejecutivo señalaron que se exigía, en estos casos que la mediación fuera previa a la demanda, porque, una vez interpuesta ésta, era más difícil que la mediación tuviera éxito, ya que se agudizaba la confrontación. Además indicaron, que ello permitía morigerar el número de demandas y la carga de trabajo del tribunal de familia. Lo calificaron de “un mecanismo automático para evitar invertir recursos en causas que son solucionables por otras vías”⁶⁰.

La discusión se tornó luego a la mediación facultativa, por la cual todas las causas que no fueran de mediación obligatoria ni prohibida, podían ser derivadas a mediación en cualquier estado del procedimiento, antes de la dictación de la sentencia. La comisión en este punto, observó que se estaba abriendo la posibilidad de que una de las partes buscara la mediación cuando percibiera que la sentencia no le sería favorable.

Los representantes del ejecutivo, para evitar ese incentivo, propusieron fijar un plazo límite para la derivación a la mediación, como podría ser hasta cinco días antes de la audiencia de juicio.

Finalmente, la comisión acordó regular todas las materias en las que procediera la mediación (sea facultativa, obligatoria o prohibida) en un solo artículo, en el cual se eliminó la mediación obligatoria o previa; se condicionó la mediación en los asuntos relacionados con los actos de violencia intrafamiliar, la que procedía bajo ciertas circunstancias; prohibiéndose, además, la mediación en determinadas causas (asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la ley de

⁵⁹ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 156

⁶⁰ Segundo Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. P.2453.

matrimonio civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes; y los procedimientos regulados en la ley 19.620, sobre adopción).

En la sesión 21ª de la cámara de diputados, de fecha 3 de agosto de 2004, se discutió en sala el proyecto modificado por el senado.

En dicha ocasión, en general, los integrantes de la cámara baja se manifestaron de acuerdo con las modificaciones introducidas en el senado, que según decían, venían a mejorar y fortalecer el proyecto. No obstante, algunos parlamentarios, se mostraron disconformes con el hecho que el senado hubiera derogado la mediación obligatoria como vimos en párrafos anteriores⁶¹.

⁶¹ La diputada María Angélica Cristi (UDI) señaló que “Pero todo esto pasa por lo que ha sido el leit motiv del proyecto: cómo establecer estos acuerdos, para lo cual se creó la mediación. Por muchos años hemos discutido respecto de cuál es la mejor manera de llegar a esa mediación, cuyo objetivo es impedir juicios que signifiquen más traumas, tremendos costos y que duran largo tiempo, porque cuando se trata de familias son tremendamente dolorosos. Un conflicto entre personas conocidas es complejo; pero cuando se produce entre miembros de la familia, afectando a padres y a hijos, obviamente, es mucho más terrible. Por tanto, la mediación pretende que esas personas lleguen a acuerdo para solucionar sus conflictos en la forma menos dramática posible.

(*continuación nota 79*) En ese sentido, en la Cámara llegamos a varios acuerdos, como el hecho de que la mediación fuese obligatoria, materia que el Senado modificó. Es muy importante que sea obligatoria, porque a muchas personas, por soberbia o rabia, les será muy fácil decir: ‘Esto es imposible de resolver. No voy a una mediación, sino a juicio’.

Por lo tanto, queremos que se reponga lo aprobado por la Cámara de Diputados en cuanto a dicha obligatoriedad.”

El diputado Edgardo Riveros(DC), compartió la opinión de la diputada Cristi, en el siguiente sentido “Hay un aspecto que se introduce -y en esto comparto mucho lo dicho por la diputada señora Cristi- en torno del papel que juega la mediación, sobre todo en estos ámbitos en los cuales hay factores distintos de los meros intereses entre las partes, pues hay comprometidos, entre otros, afectos, relaciones de familia, hijos y relaciones conyugales. Hay tantos elementos que, puestos en un circuito adecuado con la intervención de una persona que pueda mirar desde fuera y acercar las posiciones de las partes, pudiera servir como instrumento para evitar una posición confrontacional, como es el juicio tradicional.

Sin embargo, en la forma como el proyecto fue despachado por el Senado, el texto se aparta ciertamente de lo que hubiésemos querido como ideal, aunque mantiene un factor básico que también se encontraba en el proyecto que despachó la Cámara: la voluntariedad. No cabe duda de que hay un factor de voluntariedad para llevar el asunto a mediación y para continuar con el proceso. Tanto es así, que en el proyecto que despachamos se encontraba consagrada la posibilidad de que una parte que hubiera aceptado la mediación pudiera abandonarla en un momento determinado y, finalmente, aceptar o no lo que el mediador propusiere.

El elemento básico y estricto de la voluntariedad se encuentra planteado en las mediaciones entre el Estado y las personas.

Hay que ver cómo va a funcionar el tema de la mediación en la realidad específica que, en un momento determinado, la pueda requerir.”

Diversa opinión emitió el diputado señor Bustos: “Las modificaciones del Senado perfeccionan el texto

En lo relativo a los tipos de mediación, la ley publicada establece en un solo artículo (artículo 104), que la mediación procede respecto de aquellas materias de competencia de los tribunales de familia. Distingue, luego, los casos de violencia intrafamiliar, en los cuales procede la mediación, bajo ciertas circunstancias y por último, los casos de mediación prohibida: estado civil de las personas (salvo los casos contemplados en la ley de matrimonio civil), declaración de interdicción, maltrato de menores y los procedimientos. Como se aprecia, se excluyeron las materias de mediación obligatoria, quedando así la modificación realizada en este sentido por el Congreso. Además, debe anotarse que se incluyó la violencia intrafamiliar como materia objeto de mediación, lo que se había omitido en el proyecto de ley.

La discusión parlamentaria sobre los **principios de la mediación** propuestos en el proyecto de ley, fue vasta, por ello, hemos separado los principios sobre los que recayó el debate. Para efectos de orden hemos transcrito los preceptos pertinentes del proyecto de ley, sobre los cuales se centró el debate:

- Principio de Igualdad de las Partes: principio establecido en el artículo 54 del proyecto de ley, que proponía que las partes involucradas en un proceso de mediación deberán encontrarse en igualdad de condiciones para negociar. Además agregaba el proyecto que el mediador que detectara que alguno de los involucrados no era libre para negociar o se encontrara en una situación de desventaja o sumisión respecto de la otra parte, debía procurar lograr un equilibrio

aprobado por la Cámara de Diputados. En efecto, se aumenta el número de jueces; se establecen reglas más precisas respecto del período probatorio, pues eran muy escasas y ambiguas, y, en cuanto a la mediación, se reitera como principio esencial y básico la voluntariedad. En esto no hay diferencia con el proyecto aprobado por la Cámara, pues también se consagraba como principio básico la voluntariedad, y sólo para determinados efectos se establecía la obligación de una audiencia en la cual las partes decidieran si se iba o no a la mediación. Eso lo suprimió el Senado, pero el juez deberá informar a las partes sobre la posibilidad de la mediación. De manera que este tema básico había quedado zanjado en la Cámara, y lo único que hace el Senado es reiterarlo y eliminar una audiencia obligatoria para los efectos de decidir sobre la mediación, pero siempre en el entendido de que debe ser voluntaria.

Desde esa perspectiva, las modificaciones no tienen ni podrían tener ningún reparo por parte de la Cámara, pues se atienen estrictamente a lo aprobado por ella y sólo se mejoran determinados aspectos que no estaban bien resueltos, especialmente lo que se refiere al período probatorio". Historia de la Ley 19.968, Volumen IV, Sesión 21ª, Cámara de Diputados, 3 de agosto de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 14 a 25.

y, si ello no fuera posible, deberá suspender o dar por terminada la mediación. En la comisión de familia de la cámara baja, el diputado Luis Monge, (RN), hizo presente que no podía “exigirse imperativamente la citada igualdad de condiciones para negociar entre las partes, porque dicha igualdad es meramente teórica, pues sólo podría darse a nivel de los medios puestos a disposición de las partes para tratar de equilibrar su capacidad negociadora, pero nunca podrá ser absoluta”⁶². Por esas razones, el parlamentario formuló la siguiente indicación para modificar el tenor del artículo 54 del proyecto: “será presupuesto indispensable para que proceda la mediación el que las partes se encuentren en igualdad de condiciones para negociar”. Así redactado el artículo, fue aprobado unánimemente por la comisión.

- Principio de Voluntariedad de la Mediación: La comisión de familia de la cámara de diputados, en su primer informe, modificó el artículo 60 del proyecto, que prescribía que aquellas materias de competencia de los tribunales de familia, que no fueran de mediación prohibida, podían ser derivadas a mediación en cualquier momento hasta antes de la audiencia complementaria, mediante resolución que debía pronunciar el juez oyendo a las partes. La comisión acordó reemplazar esta última frase “oyendo a las partes” por la frase “con acuerdo de las partes”, considerando que el proceso de mediación para ser eficaz, exigía que las partes debían someterse voluntariamente a él, especialmente en materias en las que fuere facultativo acceder a la mediación⁶³.
- Principio de Confidencialidad: Éste estaba consagrado en el artículo 56 del proyecto de ley, como obligación que se le imponía al mediador, ordenándole guardar reserva de todo lo escuchado y visto durante el proceso de mediación, arriesgando responsabilidad penal en caso de que contraviniera dicha reserva. Además, el proyecto indicaba que los mediadores estarían premunidos del secreto profesional, no pudiendo ser llamados a declarar en juicio a favor o en contra de

⁶² Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 11 de enero de 2007]

⁶³ Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 11 de enero de 2007].

ninguna de las partes, acerca de lo visto u oído en cualquiera de los procesos de mediación en que hubieran intervenido, salvo en los casos de maltrato en contra de menores de edad o incapaces.

El diputado Juan Bustos (PS), señaló que le parecía que la confidencialidad debería ser total, afectando no sólo al mediador como se proponía en el artículo en análisis, sino a todos los involucrados⁶⁴. Así, los representantes del ejecutivo, recogiendo esta observación, reforzaron el principio de la confidencialidad, ampliándolo en el siguiente tenor: “nada de lo dicho por cualquiera de los participantes en la mediación, durante el desarrollo de ésta, podrá invocarse o incorporarse como medio de prueba ni a título alguno en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo”⁶⁵.

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, al discutirse el principio de confidencialidad, se observó por parte de los representantes del ejecutivo que la confidencialidad era de la esencia de la mediación y se encontraba recogida en casi todas las legislaciones extranjeras que regulaban el tema. Sólo se eximía al mediador de la confidencialidad en relación con ciertos hechos delictuales que involucraran menores o incapaces, para que se procediera a su denuncia, pero no se le obligaba a ello.

El senador José Antonio Viera-Gallo (PS) hizo presente que se debía distinguir “entre el derecho que tiene un profesional a asilarse en el secreto para no ser obligado a declarar y el deber de revelar la comisión de un delito”. En la opinión del parlamentario, debía relevarse al mediador de la obligación de confidencialidad ante cualquier delito, ya que si se le eximía sólo del deber de revelar la comisión de un delito, el mediador podía siempre negarse a informar de ese hecho.

⁶⁴ El diputado señor Letelier Morel coincidió con tal opinión, agregando que le parecía necesario consagrar en la norma, que dicha reserva debería impedir la utilización de lo expuesto en las audiencias de mediación, en eventuales juicios posteriores. Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional.p. 159 y 160.

⁶⁵ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 159 y 160.

El senador Marcos Aburto consideró a su vez que, “si el mediador toma conocimiento de un delito, debería cesar este deber de confidencialidad, y debería comenzar el deber de ponerlo en conocimiento de la autoridad”.

El senador Sergio Fernández (UDI) hizo presente que “solamente los funcionarios públicos tienen la obligación de denunciar los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus cargos. Por ello, si bien en este caso puede cesar el deber de confidencialidad, ello no significa que tenga la obligación de denunciar. Sostuvo que para el éxito de la mediación debe garantizarse la confidencialidad de modo absoluto, de lo contrario, no operará adecuadamente”.

Finalmente, la comisión, acordó reforzar el principio de confidencialidad, declarando que el mediador debería guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y se le amparaba por el secreto profesional. La comisión acordó, además, establecer sanciones criminales en el caso de la violación de la reserva por el mediador⁶⁶.

La comisión del senado aprobó el artículo 106⁶⁷, en el que se trataban los principios de la mediación (igualdad de las partes, interés superior del menor y confidencialidad). Este artículo difería de lo aprobado por la cámara, ya que los principios de la mediación fueron tratados en cinco artículos (artículos 79 al 83) que se referían a los principios de igualdad, voluntariedad, confidencialidad e

⁶⁶ Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional.p. 2450 y 2451.

⁶⁷ El texto del artículo 106, aprobado por el Senado fue el siguiente:

Artículo 106.- Principios de la mediación. 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.

En el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, como los intereses de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

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.

imparcialidad. En el caso de la confidencialidad, como se vio en párrafos anteriores, la cámara había acordado una redacción que imponía el deber de reserva, no sólo al mediador sino a todo aquél que hubiera participado en el proceso de mediación, de modo que no pudiera hacerse valer en el juicio o en otros posteriores, lo visto u oído en el proceso de mediación

Introducidas las modificaciones que hemos revisado por el congreso, el texto final de la ley 19.968, dispuso como uno de los principios del procedimiento que se sigue ante los tribunales de familia, en el artículo 14, el principio de la colaboración, consistente en que durante el procedimiento de familia y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes.

Como consecuencia de dicho principio, la ley 19.968 establece mecanismos de autocomposición, como el de conciliación y la mediación. Además, se regula la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, en los casos de violencia intrafamiliar.

La mediación quedó definida en el artículo 103 de la ley 19.968 como aquel sistema de resolución de conflictos, en el que un tercero imparcial y sin poder decisorio, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y su efectos.

Luego, en el título V, se aprecian los principios que informan la mediación, las prohibiciones que afectan al mediador y la regulación del proceso de mediación, entre otras normas orgánicas. Estas normas, en general, fueron tomadas de experiencias extranjeras, y adaptadas, lo más posible, por el ejecutivo y los parlamentarios a la sociedad chilena.

En cuanto a la procedencia de la mediación, como vimos anteriormente, se estableció en un solo artículo⁶⁸, que la mediación procede respecto de aquellas materias de competencia de los tribunales de familia. En los casos de violencia intrafamiliar, procede la mediación bajo ciertas circunstancias. En definitiva, se prohibió la mediación en las cuestiones que versan sobre estado civil de las personas (salvo los casos contemplados en la ley de matrimonio civil), declaración de interdicción, maltrato de menores y los procedimientos sobre adopción.

En relación con los principios de la mediación, el texto de la ley se mantuvo con las modificaciones introducidas por el congreso al proyecto de ley. En un solo artículo, como se propuso en el senado, se reguló el principio de igualdad entre las partes, la consideración o interés superior del menor y el deber de guardar reserva por parte del mediador. Como se señaló al analizar el debate parlamentario sobre la proposición del ejecutivo, el senado restringió el deber de confidencialidad al mediador. Además, el principio de voluntariedad, se plasmó en la ley, según se aprobó en el congreso, ya no en forma expresa, como lo hacía el proyecto de ley, sino en el hecho de que la mediación procede en general en todas las materias de competencia de los tribunales de familia (con las limitaciones y excepciones que hemos analizado)⁶⁹. Las partes, entonces, pueden derivar a mediación un asunto de competencia de los tribunales de

⁶⁸ Artículo 104.- Procedencia de la mediación. Las materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso final, podrán ser sometidas a un proceso de mediación acordado o aceptado por las partes.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la Ley N° 19.325, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente ley. Sin embargo, no se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes; y los procedimientos regulados en la Ley N° 19.620, sobre Adopción.

⁶⁹ Artículo 106.- Principios de la mediación. 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.

En el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, como los intereses de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

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.

familia que no se encuentre expresamente exceptuado en el inciso final del artículo 104, en cualquier estado del procedimiento, e incluso previo a su inicio.

Como señalamos, la ley no sólo reguló la mediación y la conciliación, sino que se estableció la **suspensión condicional de la dictación de la sentencia**, mediante una indicación sustitutiva del ejecutivo, realizada durante la discusión del procedimiento especial de violencia intrafamiliar en las comisiones unidas de la cámara baja. La suspensión condicional de la dictación de la sentencia más que un método autocompositivo es una salida alternativa al procedimiento, y permite que bajos ciertas condiciones, se suspenda la dictación de la sentencia definitiva.

Lo interesante de la suspensión condicional de la sentencia, es que no produce cosa juzgada, por ello, si el ofensor vuelve a cometer actos de violencia intrafamiliar en contra de la víctima, el juez debe dictar sentencia y proceder a su ejecución. Además, el legislador establece la improcedencia de la suspensión condicional de la sentencia en ciertos casos, especialmente si el denunciado o demandado tiene antecedentes de violencia previa⁷⁰. Al tratar la discusión parlamentaria sobre la violencia intrafamiliar,

⁷⁰ Artículo 96.- Suspensión condicional de la dictación de la sentencia. Si el denunciado o demandado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia y existen antecedentes (*continuación nota 88*) que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo, el juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) Que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima;
- b) Que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares previstas en esta ley por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

En todo caso, el tribunal, previo acuerdo de las partes y en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero, podrá someter a mediación el conflicto para los efectos de la letra a). Aprobada el acta de mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

La resolución que apruebe la suspensión de la sentencia será inscrita en el registro especial que para estos procesos mantiene el Servicio de Registro Civil e Identificación, en los mismos términos que la sentencia.

Artículo 97.- Improcedencia de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. La facultad prevista en el artículo anterior no será procedente en los siguientes casos:

- a) Si el juez estimare conveniente la continuación del proceso;
- b) Si ha habido denuncia o demanda previa sobre la comisión de actos de violencia intrafamiliar en contra del denunciado o demandado, cualquiera que haya sido la víctima de éstos, y

analizaremos con más detalles la suspensión condicional de la dictación de la sentencia.

2. Principio del interés superior del menor

Como vimos en el punto primero de este trabajo, en el que se trataron los objetivos y fundamentos de la ley 19.968, la necesidad de crear tribunales de familia en nuestro país, se basaba, según lo señaló el mensaje, en que el conflicto familiar tenía una naturaleza especial, diversa a los conflictos de otra índole, y por tanto requerían de una aproximación integral por parte de quien estuviera llamado a resolverlo.

c) Si el demandado o denunciado hubiere sido condenado previamente por la comisión de algún crimen o simple delito contra las personas, o por alguno de los delitos previstos en los artículos 361 a 375 del Código Penal.

Artículo 98.- Efectos de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. Si transcurrido un año desde que se hubiese suspendido condicionalmente la dictación de la sentencia, el denunciado o demandado ha dado cumplimiento satisfactorio a las condiciones impuestas, el tribunal dictará una resolución declarando tal circunstancia, ordenará el archivo de los antecedentes y dispondrá la omisión en el certificado respectivo de la inscripción practicada, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 96.

En caso de incumplimiento del denunciado o demandado de las obligaciones acordadas en conformidad a la letra a) del inciso primero del artículo 96, el juez dictará sentencia y, atendida su naturaleza, decretará su ejecución.

Si el denunciado o demandado no cumpliera con alguna de las medidas impuestas en conformidad a la letra b) del mismo inciso, el tribunal establecerá tal hecho y dictará sentencia.

Artículo 99.- Revocación. Si la persona denunciada o demandada incurre en nuevos actos de violencia intrafamiliar en el período de condicionalidad, se acumularán los antecedentes al nuevo proceso, debiendo el tribunal dictar sentencia conjuntamente respecto de ambos.

Otro de los factores en los que se fundamentaba la necesidad de crear tribunales especiales que conocieran de lo contencioso familiar, radicaba en la intervención de niños⁷¹ en él.

En Chile, explica la profesora Susan Turner, luego de la entrada en vigencia de la Convención de Derechos del Niño en 1990, se considera al niño como un sujeto de derechos que puede hacer valer tanto frente a sus padres como frente a terceros. La profesora Turner, indica que esto se conoce como la “Doctrina de la Protección Integral del Menor”, ya que los derechos del niño se ven respaldados por una normativa orgánica y completa cuyo destinatario es el niño⁷².

Este avance fundamental, en materia de derechos del niño, hacía imperativo que existiera un tribunal especializado en materias de menores, o de familia, que reconociera estos derechos en los procesos que involucraran niños.

En la legislación chilena, el interés superior del menor fue recogido por la ley 19.585, sobre filiación y que vino a modificar importantes instituciones del Código Civil, relativas al menor.

El criterio del interés superior del niño, en la legislación civil chilena tiene un doble rol: por un lado es considerado un principio rector para la creación de normas e instituciones y por otro, se le entrega al juez un criterio determinante al momento de resolver la contienda. Pero, el interés superior del menor no está relegado a las concepciones morales del intérprete, éste debe ajustarse a ciertos criterios más o menos compartidos socialmente, lo que lleva como consecuencia que el juez no es libre para resolver.

⁷¹ La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 1º, indica que se entiende por niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad ...”

⁷² TURNER, Susan. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA [en línea]
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso>.
[consulta: 4 de diciembre de 2006]

En cuanto al concepto del principio del interés superior del menor, la profesora Paulina Veloso señala que dicho principio, mira al niño como un titular de derechos autónomos, susceptibles de ser ejercidos, aún en contra de sus padres, porque el menor es un sujeto de derecho distinto de sus padres. Con este principio, se ha producido un cambio radical en la legislación, ya que el menor pasa de ser concebido como un objeto del derecho a constituirse en un sujeto de derecho⁷³.

Lo anterior se traduce en que se considera al menor como sujeto de opiniones propias y se establece la necesidad de oírlo. Si no tiene juicio propio aún, los mayores no podrán adoptar cualquier decisión a su respecto, ya que no se le mira como una cosa a transferir.

Veloso indica que para definir los límites de la intervención de los padres, en función del interés superior del menor, se ha elaborado el criterio de considerar al menor como una autonomía en desarrollo. Esto significa, que los mayores deberán tener en cuenta el impacto de la decisión que se adopte en la autonomía futura del menor. Así, el criterio de la protección del interés superior del menor, aparece indisolublemente ligado a los conceptos de asegurar el desarrollo de la personalidad y el respeto de la autonomía actual y futura del menor⁷⁴⁻⁷⁵.

En el proyecto no se propuso establecer expresamente el principio del interés superior del menor como tal, no obstante, se le reconocía como un valor subyacente en materias tales como, la obligación del juez de familia de velar porque los intereses de los menores de edad se encontraran debidamente representados o en el procedimiento especial sobre medidas de protección de los derechos del menor.

⁷³ SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. LA FILIACION EN EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA. Editorial ConoSur LexisNexis Chile. Santiago. 2001. p. 47.

⁷⁴ SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. LA FILIACION EN EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA. Editorial ConoSur LexisNexis Chile. Santiago. 2001. p. 48.

⁷⁵ La fuente normativa del principio del interés superior del menor se encuentra en la Convención de Derechos del Niño, donde se expresa en forma reiterada este criterio. En nuestra legislación, la recepción normativa del principio de relevancia del interés del menor, la norma clave es el inciso segundo del artículo (*continuación nota 93*)242 del Código Civil: "En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez".

También se reconocía el principio del interés superior del menor cuando el proyecto de ley propuso otorgar al tribunal de familia, competencia para conocer de los asuntos relativos a faltas, crímenes y simples delitos en que hubiera menores sin discernimiento inculcados y la facultad de expedir la declaración previa sobre si el mayor de 16 y menor de 18 años hubiera obrado o no con discernimiento (Artículo 17 N° 17 del proyecto de ley).

En la discusión del proyecto de ley, el congreso, a propuesta del ejecutivo, incorporó expresamente dentro de los principios del procedimiento, el principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Además, se eliminó la término “menores”, sustituyéndola por la de “niño, niña y adolescente”, con esta modificación se reconocía la autonomía en desarrollo de las personas.

La ley, en su artículo 16, consagra, en los términos en que se aprobó en el congreso, el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, garantizándoles a estos el ejercicio y pleno goce de sus derechos y garantías, y ordena al juez considerar el interés superior y el derecho a ser oído como principios rectores en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

2.1 Aplicación de medidas de protección de los derechos de los menores

Previo a analizar la discusión del proyecto de ley, sobre las medidas de protección del menor, es necesario distinguir las vías de aproximación del Estado al menor, a través de la justicia, y que son la vía proteccional y la vía infraccional.

La primera vía, la proteccional, se refiere a la protección o tutela de los menores de edad y opera cuando sus derechos han sido vulnerados o están amenazados. Por

el contrario, la vía infraccional, funciona cuando el aparato jurisdiccional debe hacerse cargo del menor infractor de la ley penal y juzgarlo de acuerdo al debido proceso⁷⁶.

Esta distinción, entre la vía proteccional e infraccional no aparecía clara en la normativa vigente a la época, esto es en la ley de menores 16.618, si bien ésta diferenciaba a los menores infractores de los no infractores, les aplicaba las mismas consecuencias jurídicas. El artículo 29 de la ley de menores establecía medidas para los menores infractores de la ley penal tales como, devolución a sus padres previa amonestación, someter al menor a régimen de libertad vigilada o confiar el menor a establecimientos especiales de educación señalados en la misma ley de menores. En el caso de los menores involucrados en hechos que no fueran constitutivos de crimen, simple delito o falta, el juez de letras de menores podía, sin necesidad de llamarlo a su presencia, aplicarle alguna de las medidas indicadas en el artículo 30, según fuera conveniente a la irregularidad que el menor presentara.

El proyecto de ley distinguía claramente entre la vía proteccional y la infraccional, consagrando un procedimiento especial para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores, en el título V del proyecto sobre procedimientos especiales. La discusión parlamentaria reconoció esta distinción propuesta por el ejecutivo, y en ese sentido se analizó el proyecto de ley.

En cuanto al procedimiento especial destinado a la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores, los artículos 103 y siguientes del proyecto proponían establecer que el procedimiento podía iniciarse de oficio o a requerimiento del menor o de las personas autorizadas en el proyecto. También se proponía regular en el proyecto, el caso en que el menor careciera de representante legal o que sus intereses entraran en conflicto con éste, debiendo el juez de familia, designar una persona que lo represente. Se proponía regular el derecho del menor a ser oído en el procedimiento, debiendo citarse, según la disposición propuesta, al

⁷⁶ TURNER, Susan. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA [en línea]
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso>.
[consulta: 2 de diciembre de 2006].

menor de 12 ó 14 años según su madurez y al mayor de dicha edad. También, el proyecto, proponía medidas cautelares especiales que el juez podía aplicar en el procedimiento especial y le señalaba al juez la obligación de velar por la protección de la intimidad del menor y de la familia, entre otras normas de índole procesal.

Además, el proyecto de ley le encomendaba al juez de familia la obligación de visitar los establecimientos residenciales, en los que se encontraban los niños y adolescentes. El juez podía delegar esta tarea, sin embargo, en un miembro del consejo técnico⁷⁷.

En la comisión de familia de la cámara de diputados, se recibió la opinión del experto en temas de infancia y adolescencia, don Miguel Cillero Bruñol⁷⁸, quien precisó que el proyecto respondía a la “necesidad de adecuar el sistema de administración de justicia a las exigencias de nuestro desarrollo histórico-social y a la evolución del sistema normativo que regula las relaciones familiares y los derechos de los niños”⁷⁹.

En relación con la protección jurisdiccional de los derechos de los niños, Cillero, afirmó que “el proyecto se adecua perfectamente con la concepción jurídica moderna que se tiene del niño, según la cual el menor es un sujeto de derecho --que debe ser oído, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados-- y no un objeto de protección o asistencia por parte de los órganos del Estado”⁸⁰.

⁷⁷ Artículo 116.- El juez que ordenó la medida deberá visitar los establecimientos y programas en que se cumplan medidas de protección existentes en su territorio jurisdiccional, a lo menos cada seis meses. El director del establecimiento o programa deberá facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de las carpetas individuales de cada menor atendido en el por el mismo. Asimismo, deberá facilitar las condiciones para que el juez se entreviste privadamente con los menores. El juez podrá delegar esta tarea en los profesionales que componen el Consejo Técnico del tribunal, los que deberán elevar al juez un informe detallado de sus visitas.

⁷⁸ Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y consultor de UNICEF.

⁷⁹ Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 10 de enero de 2007].

⁸⁰ Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 10 de enero de 2007].

En la discusión del articulado, la comisión de familia sostuvo una interesante discusión a propósito de una de las **medidas cautelares** que el juez de familia podía adoptar, referida a la separación del menor de su familia, y su colocación en un hogar sustituto o un establecimiento residencial. Esta medida se proponía en el artículo 106 del proyecto de ley y la hacía procedente cuando fuera indispensable para preservar la vida o integridad física del menor.

Ante esta disposición, la comisión de familia postuló ampliar la procedencia de dicha medida a los casos en que fuera indispensable preservar, también, la integridad síquica y moral del menor. El ejecutivo defendió la redacción original del texto, ya que indicó que la medida de separar al menor de su familia, era la más extrema de las cautelares que se podía adoptar en el procedimiento de protección de los derechos del menor, y no se quería dejar una amplitud tal que el juez tuviera que aplicar su criterio personal para decidir lo que se entendiera por preservar la integridad síquica y moral del menor, ya que ello podía traducirse, en la práctica, en “una autorización ilimitada a los jueces para sacar a un niño de su hogar de origen e institucionalizarlo, ya que, pese a las mejoras que se espera lograr en la formación del criterio de los jueces, más de alguno podría considerar, por ejemplo, que su integridad moral se encuentra amenazada si la madre convive con alguien sin estar casada, y proceder a su internación”⁸¹. Los representantes del ejecutivo, advirtieron, asimismo, que en los casos de peligro o vulneración de la integridad psíquica y moral, el juez podrá disponer medidas de apoyo al menor y a su familia, o impartir instrucciones obligatorias a las personas que lo tengan bajo su cuidado, que tiendan a reparar la situación.

No obstante los planteamientos u objeciones anteriores del ejecutivo anterior, la comisión de familia acordó aprobar la procedencia de la medida cautelar de internación del menor tanto para preservar su integridad física y psíquica⁸².

⁸¹ Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 15 de enero de 2007].

⁸² Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 15 de enero de 2007].

En las comisiones unidas, de la cámara de diputados, a propósito de la medida cautelar consistente en colocar a un menor en un establecimiento residencial u hogar sustituto, la ministra Adriana Delpiano hizo presente que la procedencia de dicha medida debía fundamentarse no sólo en la integridad física y síquica del menor, sino también sexual, cuestión a la que las comisiones no accedieron por encontrarse comprendido, según señalaron, en los aspectos físicos y psíquicos. No obstante, se dejó constancia de tal alcance en actas⁸³. El texto que aprobaron las comisiones, proponía que la medida de internación de un menor en un establecimiento residencial u hogar sustituto procedía si era necesario preservar su vida o integridad física o síquica.

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, de la cámara alta, sobre las medidas cautelares en general, se estimó que, atendida la finalidad de esta disposición, era pertinente agregar la facultad del juez de familia de proceder de oficio, sin esperar a ser requerido por alguna persona. Acordada dicha modificación, no se produjo debate en torno si la medida cuya discusión se analizó en párrafos anteriores, debía proceder para preservar tanto la integridad física y síquica, sólo se modificaron sus términos. No obstante, el precepto aprobado por la comisión en su letra h) regula la medida de internación del menor en un establecimiento de tratamiento especializado, siempre que fuera indispensable para la vida o salud del niño, niña o adolescente⁸⁴.

En la ley publicada, en el artículo 71, se tratan las medidas cautelares especiales, dentro de las cuales se encuentra la medida de internación de un menor en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, medida que procede cuando sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud. Si bien la

⁸³ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 119.

⁸⁴ Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2408.

norma no especifica si se refiere a la salud o integridad física o síquica, podemos desprender de la historia de formación de la ley 19.968, según lo analizamos en los párrafos anteriores, que esta medida procede tanto en los casos en que exista una amenaza a la integridad física o síquica del menor.

En cuanto al **derecho de los menores a ser oídos**, en el procedimiento especial de medidas de protección de los derechos de los menores, en el proyecto de ley se proponía que, a la audiencia "...se citará al menor de 12 o e 14 años, según su madurez; al mayor de dicha edad, y a los padres o personas responsables de ellos...".

En las comisiones unidas de la cámara baja, en relación a la discusión sobre si el juez de familia debía oír a todos lo menores o sólo a aquellos que demostraran la madurez suficiente, el diputado Juan Bustos estimó que "condicionar que el juez escuchara a los menores atendiendo a la madurez que demostraran, le parecía un concepto sobrepasado por cuanto actualmente lo que se consideraba era la autonomía progresiva de éstos; igualmente que, de acuerdo a los términos de la Convención de los Derechos del Niño, éstos deberían ser escuchados y consideradas sus opiniones; creía, además, indispensable el apoyo de un sicólogo para los efectos de enfrentar el problema del lenguaje en que se expresan, el que puede ser verbal o analógico; afirmó creer que debería quedar al criterio del juez decidir sobre la conveniencia de que el menor estuviera presente en la audiencia, pero en todo caso debería ser escuchado por lo que debería establecerse una audiencia especial para ello"⁸⁵.

⁸⁵ Otras opiniones similares fueron las de la diputada María Antonieta Saa (PPD), quien siguiendo la Convención sobre los Derechos del Niño, estimó que debería establecerse la obligación de escucharlos en términos generales, sin atender a si tuvieran más o menos de 14 años de edad. Sostuvo, no obstante, que tratándose de niños de muy corta edad, debería contarse con la asesoría de un psicólogo. En el mismo sentido, el Diputado señor Ceroni (PPD) estimó indispensable escuchar a los menores, porque si lo que se quiere es aplicarles medidas de protección, lo más lógico es actuar en tal forma. Otra cosa sería determinar la forma como hacerlo. Al respecto sostuvo que debería hacerse en una audiencia especial, con apoyo de psicólogos y otorgando al juez la suficiente flexibilidad para ponderar las declaraciones que reciba. Las diputadas señoras Sepúlveda (DC) y Allende (PS) estimaron que los menores deberían ser escuchados pero creando para ellos un ambiente que no los traumatizara y que les permitiera sentirse confiados y no enfrentados a una situación hostil que les cohibiera. Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 116 y 117.

Las diputadas Pía Guzmán (RN) y Laura Soto (PPD) creyeron necesario atender a la madurez del menor y dejar al juez la flexibilidad suficiente para resolver si debía escuchar o no a los menores de 14 años. No fueron contrarias a que se estableciera la obligación de escucharlos a todos, no sólo por el problema del desarrollo psicológico del menor sino también por lo dificultoso que pudiera resultar para los menores comparecer frente a personas mayores, desconocidas, en un ambiente como el judicial, que no parecía precisamente amable o confortable para un menor⁸⁶.

Finalmente, el ejecutivo recogió estas posiciones y sugirió que se debía tener en cuenta las opiniones de los menores en función de su edad y madurez, para ello se podía escuchar a los menores involucrados en la audiencia respectiva en un ambiente adecuado, cautelando su salud física y síquica. Para ello, el juez podía hacerse asesorar por uno o más miembros del consejo técnico. En dichos términos fue aprobado por la cámara de diputados.

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, del senado, los representantes del ejecutivo presentaron una indicación sustitutiva al precepto aprobado en la cámara de diputados, proponiendo ciertas enmendaciones de forma, manteniendo la disposición en lo demás. La comisión, acordó aprobar en los términos señalados por el ejecutivo la disposición propuesta, realizándose sólo modificaciones menores⁸⁷.

En la ley 19.968, según fue debatido, acordado y aprobado en el congreso, se regula en el artículo 69 la comparecencia del niño, niña o adolescente, estableciéndose que “en este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”.

⁸⁶ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 116 y 117.

⁸⁷ Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2406.

En relación con la **obligación del juez de visitar los establecimientos residenciales y programas en los que se cumplan medidas de protección**, el proyecto proponía que dicha obligación se llevara a cabo por el juez que decretó la medida, a lo menos cada seis meses. El proyecto proponía que el director del establecimiento o programa debía facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de las carpetas individuales de cada menor atendido en el establecimiento o programa, asimismo, debía facilitar las condiciones para que el juez se entrevistara privadamente con los menores. Por último, la disposición propuesta por el ejecutivo, establecía que el juez podía delegar esta tarea en los profesionales del consejo técnico del tribunal, los que debían elevar al juez un informe detallado de sus visitas.

En las comisiones unidas de la cámara baja, el diputado Zarko Luksic (DC) señaló que, de acuerdo a su experiencia, “muchos de estos establecimientos no ofrecen las condiciones de amparo y protección que deberían tener, razón por la que creía que la frecuencia de las visitas debería ser mayor ya que seis meses sería mucho tiempo. Asimismo, se mostró partidario de permitir al juez delegar esta función en profesionales que pudieran verificar la situación de los menores”⁸⁸.

El diputado Juan Bustos señaló, ante las Comisiones, que no confiaba mucho en este tipo de medidas, toda vez que “como se sabe cuándo se van a efectuar, no suelen ser muy efectivas. Estimó, en todo caso, que aumentar la frecuencia de las mismas, dada la gran cantidad de este tipo de establecimientos que existirán, significaría que el juez pasaría casi exclusivamente en ello, descuidando sus funciones propiamente judiciales”⁸⁹. Sostuvo, no obstante, la necesidad de la asesoría directa para la

⁸⁸ Ante esta intervención del diputado Luksic, la diputada María Antonieta Saa (PPD) estimó innecesario establecer una mayor frecuencia por cuanto todos estos establecimientos estarían sujetos a la supervisión del SENAME, circunstancia que no justificaría recargar las funciones del juez. No obstante, se mostró (*continuación nota 106*) partidaria de permitir la delegación para la realización de las visitas. Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 127.

⁸⁹ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 127.

realización de las visitas, de miembros del consejo técnico, por cuanto la especialización de un psicólogo o de un asistente social, permitirían al juez de familia comprender mejor las distintas situaciones que pudieran presentarse.

El diputado Jorge Burgos (DC) sostuvo, al igual que las diputadas Isabel Allende (PS) y María Eugenia Mella (DC), la necesidad de evitar que tales visitas se convirtieran en una rutina y, en consecuencia, de escasa efectividad, por lo cual sugirieron la posibilidad de que se realizaran en cualquier momento, dentro del plazo de los seis meses, mecanismo que, además, obligaría al juez a estar atento a sus resultados. Jorge Burgos enfatizó, sin embargo, en que dicha obligación no podía ser delegable porque, de lo contrario, se recurriría constantemente a la delegación.

La diputada Pía Guzmán (RN) consideró que este tipo de medidas no surtían efecto práctico alguno, entre otras razones, porque no existía sanción alguna para su incumplimiento, por ello propuso que no fueran obligatorias para el juez y que se estableciera su procedencia a petición de los padres o guardadores de los propios menores o en el caso de que el juez de familia visualizara la existencia de problemas. Si el juez se negara a cumplir con dichas medidas, podrían las partes intentar quejas disciplinarias en su contra, lo que ayudaría a hacerlas efectivas⁹⁰.

Finalizado el debate, la comisión procedió a aprobar, por unanimidad, la obligación de visita de establecimientos y sedes de programas. Dicha proposición establecía que los jueces de familia debían visitar personalmente los establecimientos y sedes de los programas, que existieran en su territorio jurisdiccional, en los que se cumplieran medidas de protección. Las visitas, señalaba la disposición propuesta, podían efectuarse en cualquier momento, dentro de lapsos que no excedieran de seis

⁹⁰ El diputado José Antonio Kast (UDI) señaló ante las Comisiones Unidas, en relación con la sanción para el incumplimiento de la obligación del juez de familia de visitar, señaló, que en su opinión, era más (*continuación nota 108*) conveniente la existencia de sanciones objetivas para el incumplimiento y no dejarlas a la iniciativa de los interesados, toda vez que ello podría traducirse en una gran cantidad de solicitudes que obligarían al juez a deambular de un establecimiento en otro. Asimismo, estimó difícil determinar quién sería el juez competente para la realización de estas visitas, por cuanto el proyecto se refería al que dictó las medidas que deben cumplirse en los establecimientos ubicados en su territorio jurisdiccional. Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 128.

meses entre una y otra, y consideraba, además, el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales.

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, en relación con la obligación del juez de familia de visitar los establecimientos y sedes de programas, la comisión hizo presente que, a la época, no existía similar obligación de visita por parte de los jueces de menores. Estimó que, “si bien la idea es acertada y debería redundar en un mejor funcionamiento de los establecimientos sujetos a esta fiscalización, el cálculo efectuado por los señores representantes del Ejecutivo de que se alcanzaría un promedio de 8,6 visitas anuales por juez, aconseja que se prioricen los establecimientos residenciales, en que los menores están internos, a las sedes de programas u otros establecimientos en que son tratados en forma ambulatoria”⁹¹. Por ello, la comisión del senado, decidió hacer obligatorias las visitas a los primeros y facultativas respecto de los segundos.

En relación con la frecuencia de dichas visitas, la comisión consideró razonable el plazo máximo de seis meses que debiera mediar entre una visita y otra.

La comisión del senado, procedió, también, a acoger una sugerencia de los representantes del ejecutivo, en el sentido de reemplazar el deber del director del establecimiento de facilitar las condiciones para que el juez se entrevistara privadamente con los menores de edad, por el de facilitar las condiciones "que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión"⁹².

Con dichas modificaciones, la comisión y el senado aprobaron el que pasó a ser el artículo 78 del texto propuesto, y aprobado, finalmente, por el congreso.

⁹¹ Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2414.

⁹² Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2414.

La ley 19.968, resultado final del procedimiento legislativo, mantuvo en el artículo 78, la obligación del juez propuesta en el proyecto de ley, con las modificaciones introducidas en el Congreso, estableciéndose la obligación de visita de establecimientos residenciales. La disposición de la ley, ordena a los jueces visitar personalmente los establecimientos residenciales, existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección. Además, el director del establecimiento deberá facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de los antecedentes individuales de cada niño, niña o adolescente atendido en él, y las condiciones que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión. La efectividad de esta medida se asegura en la ley, mediante la facultad de los jueces para efectuar las visitas en cualquier momento, dentro de lapsos que no excedan de seis meses entre una y otra, considerándose el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales. No obstante, la norma expresa que, los jueces de familia podrán siempre visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan algunas medidas de protección, reconociendo la distinción realizada en el senado entre los establecimientos residenciales de menores y otros programas ambulatorios.

2.2 Infracciones juveniles a la ley penal

Cuando se trató en este trabajo el tema de los fundamentos de la ley 19.968, se hizo presente que el proyecto de ley proponía el conocimiento por el tribunal de familia de las infracciones juveniles a la ley penal, según lo estipulaba el artículo 17 número 17 del proyecto original, disposición que fue aprobada por unanimidad en la comisión de familia de la cámara baja. No obstante, en la indicación sustitutiva presentada por el ejecutivo, el 30 de mayo de 2001, dicha competencia fue erradicada de los tribunales de familia, argumentándose lo siguiente: “a fin de preservar la naturaleza civil más propia de los tribunales de familia, se excepcionan del conocimiento de estos tribunales, las causas sobre infracciones juveniles a la ley penal, materia que en el futuro inmediato será

objeto de una nueva regulación a fin de adecuar nuestra legislación en esta materia a la Convención sobre los Derechos del Niño⁹³.

En relación con la nueva propuesta del ejecutivo de otorgar competencia a los tribunales de competencia en lo penal, en materia de las infracciones juveniles a la ley penal, en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, se consultó a los expertos invitados a las sesiones, si era conveniente que dicha materia fuera de competencia de los tribunales de familia o de los tribunales con competencia en lo penal. Los tres expertos consultados respondieron que era más conveniente que el tribunal de familia conociera de las infracciones juveniles a la ley penal, ya que ellos contaban con la asesoría del consejo técnico, con el que no contaba ningún otro tribunal en Chile. Además, dijeron, dichas infracciones denotaban un conflicto familiar que debería ser estudiado por especialistas¹¹².

Por su parte, el senador José Antonio Viera-Gallo (PS) manifestó que, “si se considera que los juzgados de familia, tanto por su especialidad como por el apoyo profesional con que contarán, deben ser los llamados naturalmente a conocer los asuntos relacionados con los niños, niñas y adolescentes, es preciso remediar el hecho de que ello no ocurrirá cuando sea otro tribunal el llamado a conocer la materia. Es evidente en los asuntos de policía local, e igual cosa sucederá en materia laboral, de aduanas, etcétera. Por tal motivo, sugirió incorporar otro numeral, que faculte a los juzgados de familia para conocer las causas de cualquier índole en las que estén involucrados menores de edad¹¹³”.

⁹³ Indicación Sustitutiva Total al Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/ofic10083.doc> [Consulta 18 de enero de 2007].

¹¹² En opinión de la señora Gilda Miranda, Secretaria del Séptimo Juzgado de Menores de Santiago, al estar un menor involucrado, sería más conveniente que conociera de estas faltas el tribunal de familia, que contará con la asesoría del consejo técnico.

Las señoras asistentes sociales judiciales, se sumaron a esa opinión, afirmando que generalmente esas conductas ilícitas son motivadas por una desorganización familiar, aspecto que debería ser estudiado para procurar remediarlo.

¹¹³ Segundo Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p.2365.

Opinión contraria manifestó el senador Andrés Chadwick (UDI), quien estimó que “otro de los inconvenientes de permitir que los juzgados de familia se avoquen el conocimiento de causas en que estén involucrados menores, por ejemplo, las faltas de competencia de los juzgados de policía local, será la ausencia de tales juzgados en muchas de las comunas del país. Además, la propuesta del Honorable Senador señor Viera-Gallo es genérica, lo que contraviene el principio de que las competencias deben estar delimitadas con claridad, para evitar conflictos entre tribunales”¹¹⁴.

Los representantes del Ministerio de Justicia, previnieron que no necesariamente la especialidad en familia implicaba que el menor recibiría un tratamiento de mejor calidad o más especializado. Desde luego, la sola remisión de la causa desde el tribunal de origen al de familia significaba un grado de alteración para el niño y en ciertos casos, por ejemplo, si hubiera violencia intrafamiliar, podría existir por parte del tribunal de familia una respuesta tardía en perjuicio del menor¹¹⁵.

La ley, no mantuvo, finalmente, la competencia del tribunal de familia para conocer de las infracciones juveniles a la ley penal. Desde la entrada en vigencia de la ley 19.968, los juzgados de menores retuvieron la competencia para conocer de esta materia, según les ordenaba la ley de menores.

Con la entrada en vigencia de la ley 20.084 sobre la responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal, los tribunales de familia pasaron a tener competencia de las faltas cometidas por niños, niñas o adolescentes, procedimiento que se regula en la ley que crea los tribunales de familia, en su párrafo cuarto del título IV, denominado “procedimiento contravencional ante los tribunales de familia”. De los

¹¹⁴ Segundo Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional.p.2366.

¹¹⁵ Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional.p.2366.

delitos cometidos por los adolescentes, conocen los tribunales con competencia en lo criminal, en los términos señalados en la ley 20.084¹¹⁶.

¹¹⁶ La ley N° 20.084 establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal. En ella, se considera en el artículo 29 un “sistema de justicia especializada” para conocer de los delitos cometidos por los adolescentes, dicho sistema lo conforman los tribunales con competencia en lo penal, es decir, jueces de garantía y jueces del tribunal oral en lo penal capacitados en estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de infracciones a la ley penal por adolescentes, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificaciones de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en la misma ley 20.084.

3. Violencia intrafamiliar

La violencia intrafamiliar constituía uno de los puntos fundamentales del proyecto de ley, en relación al cual se proponía agilizar y mejorar el procedimiento a través de la regulación de los tribunales de familia¹¹⁷.

El proyecto de ley sobre los tribunales de familia intentó mejorar la respuesta de la justicia ante los actos de violencia intrafamiliar, estableciendo un procedimiento especial en el título V, párrafo 2º, artículos 119 y siguientes. El proyecto de ley propuso la creación de un procedimiento simplificado y de la potestad cautelar del juez especial en dicho procedimiento, pudiendo decretar mediante resolución fundada, toda y cualquier medida destinada a garantizar la seguridad física o síquica del afectado y su tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar.

3.1 Concepto de violencia intrafamiliar

El proyecto de ley sobre los tribunales de familia, no definía los actos de violencia intrafamiliar, ya que hizo referencia al concepto contenido en la ley 19.325 que definía dichos actos como “todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo”.

¹¹⁷ El procedimiento que existía en materia de violencia intrafamiliar, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que crea los tribunales de familia, se encontraba establecido en la ley 19.325, primer texto legal sobre la materia, dictado con el propósito de sancionar los actos de violencia intrafamiliar sustrayéndolos de la esfera privada de las personas, para darle a las víctimas protección jurídica.

Con ese objetivo la ley 19.325, otorgó competencia para conocer de los actos de violencia intrafamiliar, a los jueces de letras en lo civil, en un juicio especial y sumario. No obstante, en los casos en que los hechos denunciados fueran constitutivos de delito, el tribunal civil, tenía que enviar los antecedentes al juzgado con competencia en lo penal, para que éste conociera del asunto.

Recordemos que en el debate parlamentario, al discutirse la inclusión de la mediación como solución alternativa para los conflictos derivados de la violencia intrafamiliar, en la discusión del tema en la comisión de familia, los representantes del ejecutivo señalaron que el concepto de violencia intrafamiliar contenido en la ley 19.325 era tan amplio, que habría producido la calificación de una diversidad de acciones o hechos como constitutivos de dicha violencia, sin serlo. “Ello, porque el maltrato como elemento material y objetivo de la definición de violencia intrafamiliar puede manifestarse tanto a través de un silencio como de un golpe físico, pasando por todo tipo de actitudes gestuales, de palabra o de hecho”. Observaron que, la valoración subjetiva del daño que sufren los afectados ha contribuido a que se denuncien como actos de violencia intrafamiliar todo tipo de problemas familiares, bajo la categoría de violencia psicológica¹¹⁸.

La ley publicada, no establece un concepto de actos de violencia intrafamiliar, por las razones que anotamos en el párrafo anterior. No obstante, con la publicación de la ley 20.066, la nueva ley de violencia intrafamiliar, que derogó la ley 19.325, se establece un nuevo concepto de violencia intrafamiliar en los siguientes términos “será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”. Bajo este nuevo concepto debe entenderse la violencia intrafamiliar a la que se refiere la ley 19.968.

¹¹⁸ Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 17 de enero de 2007]

3.2 Potestad cautelar del juez en el procedimiento de violencia intrafamiliar

El proyecto de ley propuso la regulación de medidas cautelares especiales para el procedimiento de violencia intrafamiliar en el artículo 125, que planteaba que el juez podía, mediante resolución fundada, decretar cualquier medida precautoria cuyo fin fuere garantizar la seguridad física o psíquica del afectado, su tranquila convivencia, subsistencia económica y la integridad patrimonial del núcleo familiar. El proyecto enumeraba algunas de las medidas que se podían ordenar, entre ellas, restringir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; ordenar el reintegro al hogar de quien injustificadamente haya sido obligado a abandonarlo; autorizar al afectado para hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales, y prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de trabajo del ofendido, a menos que trabajen en un mismo establecimiento.

En el proceso de aprobación de la ley en el congreso, la comisión de familia de la cámara de diputados, precisó que la enunciación de las medidas que se señalaban era meramente ejemplar. Se consideró la información disponible, acerca de que los jueces tendían a adoptar solamente medidas precautorias que se encontraban dispuestas en la ley, aunque su enumeración tuviera carácter de ejemplar, por ello, a sugerencia de la diputada María Antonieta Saa (PPD), se aumentó la lista de medidas precautorias¹¹⁹.

En las comisiones unidas, se discutió si las medidas cautelares que podía adoptar el juez de familia en los procedimientos de violencia intrafamiliar, debían ser obligatorias para éste o si podía decretarlas en forma facultativa. Por una parte, los diputados Juan Bustos (PS) y María Antonieta Saa (PPD) fueron partidarios de que fuera obligatorio y no facultativo decretar alguna de las medidas cautelares que señalaba la indicación.

¹¹⁹ Se agregaron en dicha oportunidad las siguientes medidas: "decretar el retiro temporal de las armas que se encuentren en poder del ofensor; prohibir al ofensor toda forma de hostigamiento, incluso telefónico, a la víctima; disponer la factura de un inventario de bienes; entregar el cuidado de la víctima menor, incapaz o anciano desvalido a quien considere idóneo para su seguridad psicofísica y mientras se efectúa un diagnóstico de la situación; decretar, en casos calificados, el arresto del ofensor hasta por treinta y seis horas, y ordenar protección policial especial para la víctima cuando el maltrato revista gravedad y se tema su repetición." Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docsil/info1014.doc>. [Consulta 17 de enero de 2007].

El diputado Zarko Luksic (DC), estimó que debería dejarse a la decisión del juez la aplicación de una o más medidas, es decir, no debería serle imperativa su aplicación, dejándole determinar los casos en que era necesario decretarlas. Recordó que la ley sobre violencia intrafamiliar vigente a la época (19.325), al referirse a las medidas cautelares, establecía esta opción como una facultad del juez. Dicho argumento fue reafirmado por los representantes del ejecutivo, quienes señalaron que la proposición reiteraba el texto de la ley 19.325¹²⁰.

Las comisiones unidas optaron por dar al precepto sobre la potestad cautelar del juez, una redacción que garantizara la integridad física de las personas, por ello indicaron en la norma que era deber del juez, desde el momento en que se hubiera recibido la denuncia o demanda y durante todo el procedimiento, cautelar y garantizar la seguridad psíquica y física del afectado y la tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del grupo familiar.

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, en relación con las medidas cautelares en el procedimiento de violencia intrafamiliar, se reparó que el artículo propuesto y aprobado por la cámara baja, no guardaba relación o coherencia con la norma que, con la misma denominación de “potestad cautelar”, y que con carácter general, contemplaba la proposición aprobada en la cámara baja, lo que, señalaron, podía suscitar diversas interpretaciones. Así, se prefirió redactar el encabezamiento de la disposición de forma tal que se aludiera con claridad al hecho de que este precepto, no era sino una reiteración o demostración, a modo ejemplar, de algunas de las facultades del juez de familia, en el ejercicio de su potestad cautelar de

¹²⁰ En el mismo sentido, el diputado Jorge Burgos (DC), se mostró partidario de dejar al criterio del juez la aplicación de las medidas cautelares, por cuanto no existe en la legislación nacional ninguna disposición que obligue al juez a decretarlas. Sostuvo que la discrecionalidad en este caso era un elemento de la naturaleza misma de la función judicial, debiendo quedar la dictación de la medida sujeta a la evaluación que el magistrado efectuara del caso concreto de que se tratara. Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 142.

carácter general¹²¹. Así se procedió aprobar el encabezado del precepto en los siguientes términos: “el juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelará, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para tal efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes...”

En cuanto a la enumeración de las medidas cautelares del texto aprobado por la cámara, en la comisión del senado, se procedió a revisar una a una dichas medidas:

En relación con la primera medida sobre la prohibición o restricción de la presencia del ofensor en el hogar común, no mereció observaciones y fue aprobada en los mismos términos propuestos, esto es, “prohibir o restringir la presencia del ofensor en el hogar común, lugar de estudios o de trabajo de la víctima. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias”.

En cuanto a la segunda medida que disponía el regreso al hogar de quien se hubiera visto obligado a abandonarlo, o la entrega de sus efectos personales si decidiera no regresar, la comisión consideró inadecuada la formulación del precepto, de cuya lectura se podía inferir que el juez podría obligar a la víctima a volver al lugar en que ha sido agredida, en lugar de aclarar que, si la víctima optaba por regresar, el juez debería garantizarle el ejercicio de ese derecho o disponer las medidas necesarias para evitar que se repitan las agresiones. Así, la comisión optó por consignar en este número la facultad de asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común, toda vez que, si deseara volver, procedía la aplicación de la medida primera precedente. Así fue acordado y aprobado por la comisión del senado, quedando la medida redactada en los siguientes términos: “asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común”.

¹²¹ Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2428.

En relación con la tercera medida enumerada en la proposición de la cámara relativa a fijar alimentos provisorios, los que se decretaban cuando se hubiera ordenado la salida del agresor del hogar común o cuando la víctima se hubiera visto obligada a abandonarlo, la comisión observó que la fijación de alimentos provisorios, de acuerdo con esta redacción, debería disponerse siempre que concurrieran alguno de los dos hechos que se contemplaban en el texto, sin necesidad de solicitud de parte. Además, señaló que la disposición parecía condicionar la fijación de alimentos solamente a las hipótesis señaladas, en circunstancias que también debía proceder la determinación de alimentos provisorios en otras circunstancias, como por ejemplo si la víctima y el ofensor estuvieran compartiendo un mismo domicilio. Por ello, la comisión decidió evitar estas posibles interpretaciones, dejando sólo la enunciación de la medida, para que se aplicaran las reglas generales sobre la materia. El texto aprobado unánimemente por la comisión del senado fue el siguiente: “fijar alimentos provisorios.”

En relación con la cuarta medida que versaba sobre el establecimiento de un régimen de cuidado personal de los menores y de la relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos, la comisión la mantuvo en similares términos, con ciertas adecuaciones formales, aprobándose el siguiente texto: “determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos”.

En relación con la quinta medida propuesta en el texto aprobado por la cámara, sobre la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes de propiedad del ofensor, o que éste administre conforme al artículo 1749 del Código Civil, y que fueren susceptibles de ser declarados bienes familiares, la Comisión, luego de examinar la conveniencia de especificar el objetivo de la medida, se inclinó, en definitiva, por mencionar solamente la posibilidad de prohibir la celebración de actos y contratos, sin mencionar los bienes sobre los cuales puede recaer. En los mismos términos, fue acordada y aprobada en la comisión de senado. El texto de la medida acordada fue el siguiente: “decretar la prohibición de celebrar actos o contratos”.

En cuanto a la medida enumerada como sexta, sobre la prohibición del porte y tenencia y/o la incautación de cualquier arma de fuego, fue aprobada por la comisión sin mayor debate, con ciertas adecuaciones formales. La norma aprobada fue, en definitiva, la siguiente: “prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director del Servicio respectivo para los fines legales y reglamentarios que correspondan”.

Finalmente, en relación con la medida cautelar sobre la reserva de la identidad del tercero denunciante, la comisión la aprobó sin observaciones. Esta norma quedó en los siguientes términos: “decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante”¹²².

El texto de la ley 19.968, por tanto, mantuvo las modificaciones discutidas y aprobadas por el congreso, y en el artículo 92 regula las medidas cautelares en protección de la víctima. En dicho artículo, se señala que el juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar, cautelando, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para ello podrá adoptar alguna de las medidas que señala en forma ejemplar el artículo 92, las cuales quedaron en el texto final de la ley tal y como fue aprobado en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado y en el congreso.

¹²² Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2428 a 2431.

3.3 Procedencia de la mediación u otra solución cooperativa en las causas de violencia intrafamiliar

Como se señaló en el análisis del proyecto, a propósito de las soluciones colaborativas o cooperativas que éste proponía, el proyecto de ley no consideraba la mediación u otra forma alternativa de solución del conflicto para el caso de violencia intrafamiliar. No obstante, se podía deducir del texto del proyecto que las causas sobre violencia intrafamiliar podían ser sometidas a mediación, debido a que no estaban enumeradas entre las materias de mediación obligatoria ni de mediación prohibida.

La inclusión de la mediación u otra forma alternativa de solución del conflicto respecto de la violencia intrafamiliar, fue uno de los principales temas de discusión a lo largo de la tramitación del proyecto en el congreso. Se dejó constancia en actas, tanto por los expertos consultados como por los parlamentarios mismos, que la discusión suscitada en el parlamento reflejaba lo que sucedía en la doctrina y la diversidad de soluciones contenidas en la legislación comparada.

El anexo del primer informe de la comisión de familia de la cámara baja, contenía una síntesis de las exposiciones formuladas ante la comisión, relativa a la aplicación de la mediación a los casos de violencia intrafamiliar, texto que se incluye en la nota siguiente de este trabajo. De dichas disposiciones se podía concluir que existió un rechazo general de parte de los expertos consultados, en cuanto a la aplicación de la mediación en los conflictos que derivaran de la violencia intrafamiliar.

Entre los fundamentos que se esgrimieron están, que no existiría una condición de igualdad o paridad de poderes para negociar, igualdad que constituiría una condición básica en materia de mediación, como se ha señalado en este trabajo. También se arguyó que, se cuestionaría la neutralidad o imparcialidad del mediador en las causas de violencia intrafamiliar, ya que si éste debía equilibrar los poderes de las

partes, el mediador, necesariamente, favorecería a una parte en desmedro de la otra¹²³.

¹²³ Doña Luz Rioseco (de la Universidad Diego Portales) expresó su oposición a la aplicación de la mediación en los casos de violencia intrafamiliar. Fundamentó su rechazo en “la imposibilidad -a su juicio- de que se cumplan todos los elementos esenciales de la mediación, esto es, la participación voluntaria de las partes, la igualdad o paridad de poderes entre ellas, la neutralidad del mediador y la confidencialidad del procedimiento, como consecuencia de las características y efectos de la violencia doméstica”.

En cuanto a la igualdad de poderes entre las partes, sostuvo que “tal paridad no existe en situaciones de violencia intrafamiliar, puesto que en estos casos, por las especiales características y efectos de dicha violencia, el agresor se encontraría siempre en una posición de superioridad respecto de la víctima. En relación a ello, afirmó que en toda relación de pareja en la que existe violencia se produce, en mayor o menor medida, el síndrome de la mujer maltratada (caracterizado por trastornos emocionales, psicosomáticos y déficit en las relaciones interpersonales), el cual hace que la persona sufra angustias, miedos, apatía, depresión, deterioro de la personalidad y, en general, minusvaloración, todo lo cual la pone en absoluta desigualdad de condiciones para negociar con el agresor, quien, si bien puede no poseer una gran autoestima, normalmente no tendrá el deterioro psicológico que presenta la víctima”.

En relación a la neutralidad del mediador, planteó que “parece difícil que pueda mantenerse esa condición si el mediador tiene que tratar de equilibrar los poderes de las partes, porque ello significaría favorecer necesariamente a una en desmedro de la otra, desvirtuándose así la institución de la mediación. Además, el mediador no debería reprochar la violencia al agresor, lo cual contribuiría a reforzar en éste la idea de que su conducta no es reprochable, cosa que sí debe y suele hacer un juez”.

La mediación, según la experta, constituiría “un instrumento dañino y peligroso para las mujeres que sufren maltrato, ya que ella no fue concebida con una perspectiva de género y, dada la pretendida neutralidad que la caracteriza, no podría aplicarse con esa perspectiva sin violentar su esencia. Su utilización en violencia intrafamiliar y en materias conexas a ésta constituye, como se ha dicho, una violación de una serie de derechos humanos consagrados internacionalmente, en la medida en que desprotege a las víctimas de futuras agresiones y les niega su derecho a resolver jurídicamente el asunto”.

Doña Ivonne Fernández (Coordinadora del Programa de Violencia Intrafamiliar de la I. Municipalidad de Huechuraba), por su parte, informó que “desde el punto de vista de los principios de la mediación y de las condiciones básicas necesarias para intervenir en violencia doméstica, manifestó que esta materia no es mediable y que requiere de una sanción social activa, de una deslegitimación cultural y de una posición ética en el contexto de defensa de los derechos humanos”.

Don Alex Muñoz (Procurador del Programa de Violencia Intrafamiliar de la I. Municipalidad de Huechuraba) postuló que la ley de violencia intrafamiliar “pretende proteger, como valor esencial, la integridad física y psíquica de aquellas personas que, dentro de su familia, se encuentran en una situación vulnerable o desprotegida frente a las agresiones provenientes de algún familiar. En ese sentido, al comprometer los actos de violencia intrafamiliar derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en tratados internacionales, se está hablando de normas de orden público que amparan bienes jurídicos indisponibles por estar éstos vinculados con los principios sobre los cuales se basa nuestro ordenamiento jurídico”.

Reflexionando sobre el principio de cooperación entre las partes, el exponente observó que “el proyecto sobre Tribunales de Familia, al concebir la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, parte de la base de que el sistema funciona en la medida en que las partes involucradas brinden su cooperación en este proceso y vuelquen su interés en poner término al problema. Sin embargo, tratándose de situaciones de violencia intrafamiliar, las conductas esperables por parte del agresor están lejos de la intención de poner todo de su parte para llegar a un acuerdo que termine con la violencia. Muy por el contrario, --expresó-- el agresor no reconoce que su conducta esté errada, justifica desde su punto de vista los actos que ha cometido y responsabiliza de éstos a la víctima”.

Anexo del Informe de la Comisión de Familia. Informe de la Comisión de Familia. [en línea] <sil.congreso.cl/docs/il/info1014.doc>. [Consulta 17 de enero de 2007].

En las comisiones unidas, de la cámara de diputados, y a propósito de la discusión sobre la procedencia de la mediación en los casos de violencia intrafamiliar, los representantes del SERNAM hicieron presente que se trataba de un tema de intenso debate, señalando que el Ejecutivo, se inclinaba por no aceptarla por cuanto existía un desequilibrio “demasiado pronunciado” entre las partes.

El diputado Juan Bustos, ante las mismas comisiones, estuvo entre los parlamentarios que apoyaron la inclusión de la mediación en materia de violencia intrafamiliar, y estimó que dicho método autocompositivo era perfectamente procedente en este tema, como, así lo demostraba la legislación de otros países¹²⁴. Finalmente, las comisiones aprobaron el texto que pasó a ser artículo 86, en el que se planteaba, a propósito de las materias objeto de mediación facultativa, que en los casos a que diera lugar la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar, la mediación procedería en los términos y condiciones establecidos en los artículos sobre la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. En los mismos términos se aprobó el artículo por la cámara baja.

En el senado, como ya se ha revisado anteriormente en este trabajo, se acordó y aprobó regular los tipos de mediación en un solo artículo, eliminándose, como consecuencia, el artículo 86 aprobado en la cámara de diputados, proponiéndose y aprobándose, en definitiva, el texto del artículo 104, cuyo inciso segundo se refería a la mediación en las causas de violencia intrafamiliar, haciéndola procedente en los términos y condiciones en los que se permitiera la suspensión condicional de la dictación de la sentencia.

Como consecuencia del intenso debate parlamentario, la ley 19.968, estableció en el inciso segundo del artículo 104, la procedencia de la mediación en las causas de violencia intrafamiliar, en los mismos términos en que se aprobó en el Congreso. La procedencia de la mediación en los casos de violencia intrafamiliar, está condicionada

¹²⁴ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p.139.

en la ley 19.968, a los términos y condiciones que se señalan a propósito de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, en los artículos 96 y 97, esto es, cuando el denunciado o demandado reconociere los hechos sobre los que versa la denuncia o demanda y existen antecedentes que permitan presumir fundadamente que no ejecutará actos similares, en lo sucesivo, siempre que se cumpla cualquiera de las condiciones que se señalan en el artículo 96 (si se han establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima; que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más medidas cautelares previstas en la ley 19.968, por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año).

No procederá la mediación, según el artículo 97 (que también hace improcedente la suspensión condicional de la dictación de la sentencia), cuando el juez de familia estimare conveniente la continuación del proceso; si ha habido denuncia o demanda previa sobre la comisión de actos de violencia intrafamiliar en contra del denunciado o demandado, cualquiera que haya sido la víctima de estos o si el demandado o denunciado hubiere sido condenado previamente por la comisión de algún crimen o simple delito contra las personas, o por alguno de los delitos previstos en los artículos 361 a 375 del Código Penal (delitos sexuales).

3.4 Suspensión condicional de la dictación de la sentencia

La suspensión condicional de la dictación de la sentencia, como una salida alternativa al procedimiento para resolver el conflicto, no estaba originalmente propuesta en el proyecto de ley, sino que fue incorporada por el ejecutivo, con posterioridad, en las comisiones unidas de la cámara baja. Dicha indicación del ejecutivo proponía la suspensión condicional sólo en el caso de la violencia intrafamiliar, y siempre que se cumplieran con los requisitos de procedencia que la misma indicación planteaba.

En las comisiones unidas, los representantes del gobierno explicaron que en la ley sobre violencia intrafamiliar vigente a la época de la discusión parlamentaria, se contemplaba expresamente la conciliación, mecanismo, que según dijeron, los jueces habrían utilizado indiscriminadamente. Considerando esta situación, explicaron que la propuesta del ejecutivo en esta materia, buscaba una salida alternativa consistente en la suspensión de la dictación de la sentencia siempre que el inculpado reconociera la veracidad de los hechos en que se funda la denuncia o demanda y que se le impusieran ciertas condiciones u obligaciones. Los puntos que permitían suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, señalaron los representantes del ejecutivo, no estarían relacionados con los actos mismos de violencia, porque para que procediera la suspensión, dichos actos tenían que haber sido reconocidos por el ofensor.¹²⁵

La diputada María Antonieta Saa (PPD) expresó su rechazo a la posibilidad de la suspensión condicional de la sentencia, por cuanto, según señaló, “diversos estudios han demostrado que constituye, en realidad, una expresión de debilidad de la autoridad, porque en Chile la violencia intrafamiliar no está considerada como algo ilícito. Por ello, y como sucedió con la ley 19.325, en que el 92% de las causas ingresadas a los tribunales civiles terminó en mediación, sin una sanción efectiva para el agresor, este nuevo mecanismo de la suspensión condicional de la sentencia, se constituirá también en la regla general”¹²⁶.

La diputada Laura Soto (PPD), en cambio, apoyó la proposición del ejecutivo, por cuanto sostuvo “creer en la posibilidad de que el ser humano se arrepienta y procure reparar el mal, a lo que el diputado señor Bustos agregó que la suspensión condicional

¹²⁵ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de

¹²⁶ La diputada María Eugenia Mella (DC) coincidió con la diputada Saa en el sentido de que la actual ley de violencia intrafamiliar ha tenido una aplicación que ha favorecido la impunidad de los agresores, motivo por el que no creía que este nuevo mecanismo fuera una solución para el problema. Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional p.148.

era una institución universalmente aceptada y constituía una buena alternativa¹²⁷. A juicio de la diputada Soto, la pena no constituiría un elemento preventivo especial de la violencia, ya que normalmente el hechor, luego de cumplirla, solía ser más violento. Sostuvo que “el hecho de que el agresor reconociera los fundamentos de la denuncia, significaba aceptar su responsabilidad. No habría una mediación propiamente tal porque lo central del conflicto no está en debate, sino únicamente los aspectos adyacentes al mismo”⁹⁵.

Los representantes del ejecutivo, precisaron que, según la proposición contenida en la indicación presentada, este nuevo mecanismo de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, tenía aplicación solamente ante un primer caso de violencia, pues si ésta se reiteraba en una segunda oportunidad, el juez debía dictar sentencia. Señalaron que, en virtud de la ley 19.325 sobre violencia intrafamiliar (hoy derogada por la ley 20.066), en la forma en que se regulaba el llamado a conciliación, se ponía fin al procedimiento, iniciándose uno nuevo si la víctima denunciaba actos de violencia intrafamiliar posteriores al término del proceso, y, en cada oportunidad, se hacía un llamado a conciliación. Insistieron, que lo que proponía el ejecutivo, evitaba lo que ocurría bajo el imperio de la ley 19.325, ya que para que procediera la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, el denunciado debía reconocer los hechos y cumplir, además, con las condiciones que el juez debía imponerle, siempre con el acuerdo de la víctima⁹⁶.

Las comisiones unidas procedieron a aprobar la indicación del ejecutivo, en los mismos términos en que ésta fue propuesta, sólo con adecuaciones de forma. La cámara de diputados, también aprobó la propuesta del ejecutivo.

¹²⁷ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 148.

⁹⁵ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional p.148.

⁹⁶ Informe de las Comisiones Unidas. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen I, Sesión 4ª, Cámara de Diputados, 10 de junio de 2003, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 149.

En la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, a propósito de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, los representantes del ejecutivo explicaron que dicha suspensión era una salida alternativa que se proponía incorporar en el procedimiento especial de violencia intrafamiliar, en lugar de la conciliación. La idea, según señalaron, era que se permitiera la conciliación, pero que no se produjera cosa juzgada, de modo que fuera revocable para el caso de reincidencia.

El senador Alberto Espina (RN) hizo presente sus dudas, ya que, en su opinión dicha institución podría prolongar el conflicto. Señaló que, si los tribunales tendían a favorecer la conciliación en las causas de violencia intrafamiliar, seguramente se haría lo mismo con la suspensión condicional de la sentencia, ya que los juzgados de familia tendrían una recarga de trabajo que no podrían manejar, y, al igual que lo que pasaba con la conciliación, no se resolvería el tema de fondo.

Los representantes del ejecutivo, coincidieron con el senador Espina, en que el tema era discutible, porque la violencia intrafamiliar era un delito, pero, dado que presentaba “matices familiares”, el ejecutivo se vio en la necesidad de permitir que, la pareja pudiera darse otra opción de mejorar su convivencia. No obstante, señalaron, que ante una segunda denuncia o demanda por violencia intrafamiliar, el juez de familia se veía impedido de aplicar este mecanismo. Destacaron que el reproche social a la conducta violenta del ofensor, se satisfaría por el reconocimiento de los hechos por parte del agresor.

Una opinión favorable a la consagración de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, en la comisión del senado, fue expuesta por el senador designado Marcos Aburto, quien estimó que esta institución podría ser beneficiosa, puesto que al intervenir el juez de familia, la convivencia de la pareja podría regularizarse, “ya que el agresor sabe que hay una denuncia y conoce los efectos que

le puede ocasionar el incumplimiento de las condiciones que se le imponen”⁹⁷. Se mantendría así, señaló el senador Aburto, el apoyo y protección a la víctima⁹⁸.

Finalmente el texto de la ley 19.968, introducidas las modificaciones aprobadas en el congreso al texto de la indicación del ejecutivo, establece la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, en los artículos 96 y 97, que disponen que si el demandado o denunciado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia de violencia intrafamiliar y existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo, el juez de familia podrá decretar la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, si se cumplen cualquiera de las condiciones enumeradas en el artículo 96.

El artículo 97 de la ley 19.968, dispone que no procede la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, si el juez estima conveniente continuar con el procedimiento, si ha habido denuncia o demanda previa de violencia intrafamiliar o si el denunciado o demandado, ha sido condenado previamente por cometer algún crimen o simple delito contra las personas o algunos de los delitos sexuales tipificados en el Código Penal (artículo 97 de la ley 19.968).

La ley 19.968, dispone también, los efectos de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, en el artículo 98 que establece que si hubiere transcurrido un año desde que se hubiese suspendido condicionalmente la dictación de la sentencia y el demandado o denunciado ha dado cumplimiento satisfactorio a las condiciones

⁹⁷ Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional. p. 2436.

⁹⁸ Las exponentes invitadas a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, doña Gabriela Ureta, doña Luz María Barceló, y doña Ingrid Ahumada, todas de la Asociación Nacional de Magistrados de Menores, señalaron su conformidad con la suspensión condicional de la sentencia, ya que, según expresaron, las relaciones de familia son fortalecidas con esta figura. “La intervención judicial debe mantener la dimensión garantista de los derechos esenciales de la persona y, dada la naturaleza de los temas a tratar, respetar la voluntad de las partes y de su intimidad. Debe tenerse presente que estas disposiciones no se aplican en el caso de conductas criminales y que, por ende, las restantes sanciones, de cuya suspensión condicional se trata, se refieren a materias de violencia intrafamiliar propias del ámbito civil familiar, más que del ámbito penal”. Informe de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Historia de la Ley 19.968, Volumen III, Sesión 13ª, Senado, 20 de julio de 2004, Biblioteca del Congreso Nacional.p. 2343.

impuestas, el juez de familia dictará una resolución ordenando el archivo de los antecedentes. En caso de incumplimiento de las condiciones impuestas en virtud del artículo 96, la ley le ordena al juez dictar sentencia y procederá a su ejecución.

Por último, el artículo 99 de la ley 19.968, dispone que si la persona demandada o denunciada incurre en nuevos actos de violencia intrafamiliar durante el período de condicionalidad, se acumularán los antecedentes al nuevo procedimiento, debiendo el juez de familia dictar sentencia conjuntamente respecto de ambos.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo, analizamos el proyecto de ley, sus fundamentos y objetivos, la discusión parlamentaria del proyecto y las modificaciones introducidas a él por el congreso, para finalmente revisar el texto final aprobado de la ley 19.968.

Dicho análisis se realizó con el propósito de comprobar si la ley aprobada por el congreso mantuvo el sentido o significado de las instituciones fundamentales que el proyecto de ley quiso introducir en el sistema jurídico nacional, esto es una regulación eficiente de protección procesal de la integridad de la familia y de la protección del menor.

El proyecto proponía la creación de los tribunales especiales de familia, esencia de la proposición de ejecutivo. La creación de los tribunales de familia fue reconocida en el congreso, como el objetivo central de la iniciativa y así fue aprobado por los parlamentarios, el artículo 1º de la ley 19.968, que crea los juzgados de familia.

En cuanto a la competencia de los tribunales de familia, el proyecto proponía que los juzgados de familia conocieran materias que previo a la entrada en vigencia de la ley 19.968, les correspondía conocer a dos tribunales diferentes (juzgado de letras de menores y juzgados civiles). Considerando que en esta dualidad de tribunales competentes, el conflicto familiar se encontraba disociado, se propuso en el proyecto reunir las materias relativas a la familia bajo la competencia de un solo tribunal: el de familia.

No obstante, el proyecto excluía de dicha competencia las nulidades de matrimonio por vicios de forma, contradiciendo el fundamento expuesto en el mensaje que pretendía evitar la dualidad de tribunales competentes para conocer del conflicto familiar. Dicha contradicción se hizo presente por el congreso, en particular en la cámara de diputados. Allí, los parlamentarios desecharon los fundamentos planteados

por el ejecutivo para excluir de la competencia de los juzgados de familia, las nulidades de matrimonio por vicios de forma y procedieron a modificar la disposición otorgándoles competencia a dichos juzgados, las acciones de divorcio, nulidad y separación judicial. El congreso, con esta modificación fundamental, reunió en la competencia del juzgado de familia los conflictos familiares en su integridad, tal como se pretendía en el mensaje.

El mensaje, destacaba el carácter interdisciplinario que el proyecto de ley pretendía dar a los tribunales de familia, todo ello en consideración la naturaleza de los conflictos familiares, el juez debía conocer dichos conflictos en su integridad, lo que lograría con el apoyo de los profesionales miembros del consejo, con el fin de resolver adecuadamente. No obstante, en el proyecto de ley, la función del consejo no estaba bien delimitada.

El congreso, tanto en la cámara baja como en el senado, al discutir y aprobar las disposiciones referidas al consejo técnico, aclaró que la función de dicho consejo era exclusivamente de asesoría o de apoyo a la labor del juez, ampliando a otras profesiones, los miembros que podrían integrarlo, siempre que acreditaran tener especialización en materias de familia. Con estas modificaciones, el Congreso mejoró lo establecido en el proyecto, reconociendo la importancia y labor de lo que se constituiría una de las novedades normativa de la ley 19.968 y que permitiría un acercamiento multidisciplinario al conflicto familiar.

En cuanto a los principios del procedimiento aplicables los juzgados de familia, y en particular, a la publicidad del procedimiento, el congreso, como se indicó en este trabajo, observó que en los asuntos de familia el principio de publicidad no se podía aplicar al igual que en procedimientos de otra naturaleza, dado que los asuntos que correspondía conocer a los tribunales de familia pertenecían al ámbito familiar o privado. La publicidad sin restricciones, podría afectar el derecho a la intimidad de las personas. Así fue observado por los parlamentarios, dentro de las comisiones unidas de la cámara baja, y en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado, según se señaló en los respectivos acápite de este trabajo. El ejecutivo,

en la comisión del senado, propuso una modificación al principio de publicidad, sugiriendo que se regulara el principio de “protección a la intimidad”, como uno de los principios del procedimiento. Así, el juez debía velar porque se respetara en todo el procedimiento el derecho a la intimidad de las partes, especialmente de los menores. El congreso aprobó el principio en esos términos, reconociéndose por tanto en la ley, la protección de la intimidad de las personas, por sobre la publicidad del procedimiento. La ley en su artículo 15 consagra el principio de protección a la intimidad. Como se puede apreciar, en este caso, las observaciones del congreso se realizaron con miras a la protección de la familia, objetivo esencial y fundamental del proyecto de ley, reforzándose dicha protección gracias a la ingerencia del congreso.

La mediación, es una de las novedades normativas importantes de la ley 19.968, mediante la cual, el ejecutivo quiso introducir un cambio en la cultura adversarial existente en nuestro país, y que dicho cambio fuera coherente con la naturaleza del conflicto familiar para tratar de mantener los lazos de familia, a pesar de los conflictos que se provocaran al interior de ella.

El congreso lo consideró así, también, y en el debate, se reconoció la importancia y trascendencia de este proyecto de ley por la introducción de la mediación, que proponía el ejecutivo, a la legislación nacional. En primer lugar, el congreso, mejoró la estructura orgánica que estableció el proyecto, simplificándola, ya que la regulación excesiva que se proponía, como se señaló en ambas cámaras, era objeto de disposiciones reglamentarias.

El congreso, según se acordó especialmente en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, reforzó el principio de voluntariedad de la mediación, eliminándose la mediación obligatoria que el proyecto establecía para ciertas materias (alimentos por ejemplo), manteniendo, no obstante, la prohibición de mediación para ciertas causas tales como, el estado civil de las personas o las causas por interdicción. Así, en la ley 19.968, todas las materias que le corresponda conocer al juzgado de familia, pueden ser derivadas a mediación en cualquier estado de la causa, salvo que se trate de materias cuya mediación se prohíba.

En cuanto a la mediación y su procedencia a propósito de los actos de violencia intrafamiliar, en el proyecto de ley no se regulaba expresamente si procedían o no las soluciones colaborativas a su respecto.

Durante el debate parlamentario, se trató de equilibrar la protección a la víctima con las soluciones colaborativas, estableciéndose su procedencia bajo ciertos requisitos, haciendo responsable de velar por el cumplimiento de dichas condiciones al mediador.

En cuanto al interés superior del niño, niña o adolescente, en el congreso se modificó la denominación de “menores” (por “niño, niña o adolescente”) acentuándose el hecho que el menor es una persona, sujeto de derechos, que tiene una autonomía en desarrollo. Ello, junto al establecimiento del principio del interés superior del menor como un principio del procedimiento de los tribunales de familia y otras modificaciones que se señalaron capítulo anterior de este trabajo, nos indica que el congreso coincidió en dar gran importancia a una de las instituciones más relevantes del proyecto, según señalaba el mensaje.

En cuanto al derecho de todo niño, niña y adolescente a ser oído, en el congreso se mantuvo la disposición de la Convención de los Derechos del Niño, y sin expresar la edad de los menores para que estos pudieran ser oídos, se modificó el proyecto de ley, aprobándose que “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez”. En definitiva, el congreso, con dicha modificación, vino a reforzar el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los procedimientos de los tribunales de familia.

En relación con la obligación que se proponía en el proyecto para que el juez de familia visitara los establecimientos residenciales y programas especiales de menores, el congreso, tanto en la cámara como en el senado, según se analizó en el desarrollo de este trabajo, hizo más efectiva esta medida, aprobando que el juez personalmente debía realizar dichas visitas, en cualquier momento dentro de un determinado periodo

de tiempo. El congreso, estableció una sanción al incumplimiento de esta obligación y que fue que se consideraría como una falta disciplinaria grave.

En el acápite sobre violencia intrafamiliar, pudimos analizar que las modificaciones introducidas en la congreso, reforzaron la protección a la víctima, al igual que las modificaciones introducidas a las disposiciones sobre medidas cautelares. En el proyecto se proponía la adopción de las medidas cautelares en forma facultativa, lo que el congreso mantuvo a lo largo del debate parlamentario y en los acuerdos adoptados en las comisiones, no obstante, se incorporó un deber al juez de familia que, quedó finalmente en la ley aprobada, y que dice relación con otorgar protección a la víctima y al grupo familiar, cautelando, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial.

Con el análisis de estos temas y otros que hemos desarrollado a lo largo de nuestro trabajo, se puede apreciar que las proposiciones del ejecutivo, contenidas tanto en el proyecto como en las indicaciones adicionales, fueron modificadas después de ser discutidas tanto en la cámara como en el senado, y dichas modificaciones del congreso, mejoró con creces las proposiciones del ejecutivo.

Podemos concluir, finalmente, que la hipótesis sostenida se comprueba, ya que el congreso al discutir y aprobar el proyecto de ley, no obstante que fue modificado, sí se mantuvo el sentido de las instituciones que éste quiso introducir en la legislación chilena. Y no sólo las mantuvo si no que las enriqueció, con las modificaciones incorporadas a lo largo del debate parlamentario, sin que éstas hayan alterado la esencia de las instituciones propuestas en el proyecto, en especial en las que se centró nuestro trabajo: la familia, el principio del interés superior del menor y la violencia intrafamiliar.

Por último, queremos señalar que el aporte que nuestro trabajo pretende, es colaborar con el intérprete de la ley 19.968 quien, al encontrarse en duda acerca de la intención del legislador, podrá recurrir la historia de la ley de la que este trabajo busca

ser una expresión más accesible, y así contribuir a una mejor comprensión del espíritu del legislador y a una mejor aplicación de la ley.

ANEXO I: ÍNDICE DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY

En este anexo se transcribe la tramitación parlamentaria de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia.

Sesión/Legislatura	Fecha	Subetapa	Etapa
	05/11/1997	Ingreso de proyecto.	Primer trámite constitucional / C.Diputados
13 / 336	05/11/1997	Cuenta de proyecto . Pasa a Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	Primer trámite constitucional / C.Diputados
13 / 336	05/11/1997	Por acuerdo de la Sala se fija plazo hasta el 30 de diciembre para ser visto por la Comisión de Familia, después pasa a Comisión de Constitución	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	05/11/1997	Oficio 1752 a la Corte Suprema, remite proyecto para opinión	Primer trámite constitucional / C.Diputados
30 / 336	21/01/1998	Oficio 0035 del 14/01/98 de la Corte Suprema, remite opinión solicitada	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	17/03/1998	S.E. el Pdte. de la República incluye el proyecto en la Legislatura Extraordinaria 337	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	06/10/1998	S.E.El Presidente de la Republica incluye el proyecto en la Convocatoria Extraordinaria 339	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	06/07/1999	S.E. el Pdte.de la Rep. remite indicaciones, se envían a la Comisión de Familia (Mensaje 93-340)	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	20/07/1999	Primer informe de comisión de Familia.	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	05/10/1999	S.E.El Presidente de la Republica incluye el proyecto en la Convocatoria Extraordinaria 341	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	30/05/2001	Oficio N° 8-344. Indicación Sustitutiva del Ejecutivo al proyecto de ley	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	13/06/2001	Oficios N°3380 y 3381 a Comisiones de Familia y Constitución, respectivamente. Comunica acuerdo de la Sala que el proyecto sea estudiado en Comisiones Unidas de Familia y Constitución.	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	26/06/2001	Oficio de Comisiones Unidas de	Primer trámite constitucional

		Familia y Constitución, remiten indicación a Corte Suprema para opinión.	/ C.Diputados
31 / 344	22/08/2001	Cuenta Oficio Nº 1649 de Corte Suprema, remite respuesta a consulta.	Primer trámite constitucional / C.Diputados
22 / 345	08/01/2002	Cuenta del Mensaje 163-345 que hace presente la urgencia Simple	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	16/04/2003	Primer informe de comisión Unida de Constitución y Familia. Pasa a Comisión de Hacienda	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	09/06/2003	Primer informe de comisión de Hacienda.	Primer trámite constitucional / C.Diputados
4 / 349	10/06/2003	Cuenta de primer informe de comisión .	Primer trámite constitucional / C.Diputados
5 / 349	11/06/2003	Discusión general . Aprobado en general y particular a la vez	Primer trámite constitucional / C.Diputados
	18/06/2003	Oficio de ley a Cámara Revisora .	Primer trámite constitucional / C.Diputados
6 / 349	18/06/2003	Cuenta de proyecto . Pasa a Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento	Segundo trámite constitucional / Senado
	09/07/2003	Primer informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.	Segundo trámite constitucional / Senado
11 / 349	09/07/2003	Cuenta de primer informe de comisión .	Segundo trámite constitucional / Senado
12 / 349	15/07/2003	Discusión general . Queda pendiente	Segundo trámite constitucional / Senado
27 / 349	26/08/2003	Discusión general . Queda pendiente	Segundo trámite constitucional / Senado
28 / 349	26/08/2003	Discusión general . Aprobado en general	Segundo trámite constitucional / Senado
1 / 350	07/10/2003	Cuenta del Mensaje 32-350 que hace presente la urgencia Simple	Segundo trámite constitucional / Senado
	10/10/2003	Boletín de indicaciones .	Segundo trámite constitucional / Senado
9 / 350	11/11/2003	Cuenta del Mensaje 000-000 que hace presente la urgencia Simple	Segundo trámite constitucional / Senado
22 / 350	06/01/2004	Cuenta del Mensaje 369-350 que hace presente la urgencia Simple	Segundo trámite constitucional / Senado
22 / 350	06/01/2004	Cuenta del Mensaje 369-350 que retira la urgencia Simple	Segundo trámite constitucional / Senado
	13/07/2004	Segundo informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Pasa a Comisión de Hacienda	Segundo trámite constitucional / Senado
	19/07/2004	Primer informe de comisión de Hacienda.	Segundo trámite constitucional / Senado
13 / 351	20/07/2004	Cuenta de segundo informe de comisión . de Constitución,	Segundo trámite constitucional / Senado

		Legislación, Justicia y Reglamento y primer informe Comisión de Hacienda	
15 / 351	21/07/2004	Discusión particular . Aprobado con modificaciones	Segundo trámite constitucional / Senado
	21/07/2004	Oficio modificaciones a Cámara de Origen .	Segundo trámite constitucional / Senado
20 / 351	22/07/2004	Cuenta oficio con modificaciones de Cámara Revisora . Queda para tabla	Tercer trámite constitucional / C.Diputados
21 / 351	03/08/2004	Discusión única . Rechazadas las modificaciones	Tercer trámite constitucional / C.Diputados
	03/08/2004	Oficio rechazo modificaciones a Cámara Revisora .	Tercer trámite constitucional / C.Diputados
16 / 351	03/08/2004	Cuenta oficio integrantes de Comisión Mixta .	Comisión Mixta por rechazo de modificaciones / Senado
	03/08/2004	Informe de Comisión Mixta de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.	Comisión Mixta por rechazo de modificaciones / Senado
	03/08/2004	Oficio integrantes de Comisión Mixta .	Comisión Mixta por rechazo de modificaciones / C.Diputados
23 / 351	04/08/2004	Cuenta informe Comisión Mixta .	Discusión informe C.Mixta por rechazo de modificaciones en C. Origen / C.Diputados
23 / 351	04/08/2004	Discusión informe de Comisión Mixta . Aprobado	Discusión informe C.Mixta por rechazo de modificaciones en C. Origen / C.Diputados
	04/08/2004	Oficio aprobación de informe de Comisión Mixta a C. Revisora .	Disc. informe C.Mixta por rechazo de modif. en C. Origen / C.Diputados
17 / 351	04/08/2004	Cuenta oficio aprobación de informe de Comisión Mixta .	Disc. informe C.Mixta por rechazo de modif. C. Revisora / Senado
18 / 351	04/08/2004	Discusión informe de Comisión Mixta . Aprobado	Disc. informe C.Mixta por rechazo de modif. C. Revisora / Senado
	04/08/2004	Oficio aprobación de informe de Comisión Mixta a C.de Origen .	Disc. informe C.Mixta por rechazo de modif. C. Revisora / Senado
25 / 351	04/08/2004	Cuenta oficio aprobación de informe de Comisión Mixta .	Trámite finalización en Cámara de Origen / C.Diputados
	04/08/2004	Oficio al Tribunal Constitucional .	Trámite en Tribunal Constitucional / C.Diputados
	05/08/2004	Oficio al Ejecutivo, comunica proyecto aprobado para los efectos del artículo 70 de la Constitución Política del Estado.	Trámite finalización en Cámara de Origen / C.Diputados
26 / 351	10/08/2004	S.E el Presidente de la República	Trámite finalización en

		comunica que no hará uso de la facultad que le confiere el inciso primero del artículo 70 de la Constitución Política.	Cámara de Origen / C.Diputados
31 / 351	17/08/2004	Cuenta oficio N° 2110 del Tribunal Constitucional	Trámite finalización en Cámara de Origen / C.Diputados
	17/08/2004	Oficio de ley al Ejecutivo .	Trámite finalización en Cámara de Origen / C.Diputados

ANEXO II: BREVE ANÁLISIS SOBRE LA MEDIACIÓN SEGÚN LA DOCTRINA

Una de las novedades normativas más importantes de la ley 19.968, es la consagración de la mediación familiar como sistema de solución alternativa de los conflictos de familia. Por ello, a continuación se presenta un breve análisis de doctrina nacional y extranjera sobre la mediación.

a. Concepto y Objetivos

La mediación ha sido definida por la doctrina procesal como un “medio autocompositivo, extrajudicial, bilateral y asistido, destinado a precaver un litigio eventual o a poner término a un litigio pendiente”¹³².

Otros la definen como “procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar, para llegar a un resultado mutuamente aceptable”¹³³

La mediación se caracteriza como un medio o mecanismo de solución de conflictos, en el que las partes mismas, con la asistencia de un tercero, imparcial y que carece de poder de decisión, determinan voluntariamente el acuerdo o las condiciones del acuerdo al cual desean llegar.

Entre las ventajas que reporta la mediación como sistema alternativo a la solución de conflictos podemos mencionar las siguientes: es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo; es flexible, debido a su relativa formalidad, permitiendo adecuarse a las circunstancias y a las personas; mantiene relaciones; permite encontrar soluciones basadas en el sentido común; produce acuerdos creativos; las partes

¹³² MATURANA, Cristian. DERECHO PROCESAL ORGANICO. Apuntes. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Marzo 2003. p. 18.

¹³³ HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladis. MEDIACION PARA RESOLVER CONFLICTOS. Editorial AD-HOC. Segunda Edición. 1996.p. 122.

pueden controlar sus intereses y el procedimiento; es mucho menos costosa en comparación con el procedimiento judicial y es mucho más reducida en el tiempo¹³⁴.

La bondad de la mediación como solución alternativa de los conflictos familiares es clara. El mediador plantea a las partes en conflicto la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, así las partes del conflicto cambian la actitud antagónica que adoptan en el litigio, en la que una gana y la otra pierde.

Trinidad Bernal Samper, en su obra “La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja”, confirma lo que se viene diciendo, al señalar que la mediación aplicada a los conflictos familiares es una forma nueva de abordar la separación o divorcio de los padres, enseñándoles a separarse, pero manteniendo su responsabilidad como padres, posibilitando que los hijos mantengan una relación adecuada¹³⁵.

En cuanto a los objetivos que persigue este método autocompositivo, pretende incorporar lo que la doctrina ha denominado “justicia coexistencial”, ya que el órgano acompaña a las partes en su conflicto, guiándolas para que ellas mismas busquen una solución. Además, se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, donde lo relevante es mantener situaciones duraderas entre los involucrados en el conflicto¹³⁶.

Se ha dicho que, favorecer un sistema de mediación, como una forma de resolver los conflictos, es favorecer un cambio de cultura. Este cambio de cultura se exige no sólo de los involucrados en el conflicto, sino también de los jueces y abogados, quienes se encuentran inmersos en un sistema altamente adversarial y antagonista.

¹³⁴ GOZAINI, Osvaldo. FORMAS ALTERNATIVAS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS. Editorial Desalma. 1995. p. 85.

¹³⁵ BERNAL S., Trinidad. LA MEDIACION. UNA SOLUCION A LOS CONFLICTOS DE RUPTURA DE PAREJA. Editorial COLEX. 1998. p.63.

¹³⁶ GOZAINI, Osvaldo. FORMAS ALTERNATIVAS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS. Editorial Desalma. 1995. p. 78 y 79.

b. Principios Básicos de la Mediación¹³⁷:

Primeramente, el procedimiento de mediación debe ser voluntario, ya que las partes mismas deberán arribar a una solución de su conflicto y estarán involucradas, junto con el mediador, en el desarrollo del proceso.

El procedimiento debe ser informal, lo que significa que debe dejarse un amplio margen de libertad al mediador, con el fin de que procure los mecanismos más idóneos para acercarse a las partes. No obstante, esta flexibilidad del procedimiento de mediación, no debe entenderse como que dicho procedimiento carece de estructura alguna. La informalidad se refiere a que el mediador no está obligado por las reglas procesales (a las que sí está obligado el juez), y dado su entrenamiento puede simplificar el caso y descartar lo irrelevante¹³⁸.

Es necesario que las partes comparezcan personalmente a los actos que integran el procedimiento de mediación. Éste es un principio relevante que permite a las partes percibir la dimensión real del conflicto, así como las opiniones y posturas del otro. Se recomienda impedir que se delegue el conflicto a terceros por las partes, ya que su presencia se considera insustituible, pero nada obsta a que las partes puedan comparecer con sus apoderados.

Otro principio básico en el procedimiento de mediación, es la confidencialidad de las actuaciones que se lleven a cabo dentro de él. Así, se garantiza a las partes que los acuerdos a los que arriben o que se propongan, no serán consideradas como un reconocimiento del derecho de la otra, ni renuncia de los intereses propios. La confidencialidad del procedimiento de mediación juega un rol tanto para las partes, el mediador y terceros. El mediador no puede revelar a la otra parte lo que se le ha confiado en sesiones privadas y mucho menos puede develar a terceros ajenos al conflicto, lo que ha acontecido durante el proceso.

¹³⁷ YANIERI, Alcira. MEDIACION EN EL DIVORCIO, ALIMENTOS Y REGIMEN DE VISITAS. Editorial Juris. 1994. p. 58 a p. 60

¹³⁸ HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladis. MEDIACION PARA RESOLVER CONFLICTOS. Editorial AD-HOC. Segunda Edición. 1996.p. 122.

Otros autores señalan que, existen ciertos principios procesales que son aplicables al procedimiento de la mediación y que operan en plenamente en el desarrollo de la mediación¹³⁹. Reconocen los principios procesales de la celeridad, economía procesal, informalidad, confidencialidad del sistema y secreto, aceptación voluntaria del mediador e imparcialidad de éste, como los más relevantes a mencionar.

c. Tipos de Mediación

Se han diferenciado tres tipos según la obligatoriedad o voluntariedad para recurrir a ella¹⁴⁰:

- a) **Mediación Voluntaria:** las partes de común acuerdo optan por acudir a la mediación, sin que se encuentren compelidas a hacerlo por norma alguna.
- b) **Mediación Obligatoria:** las partes deben concurrir a mediación por mandato expreso de la norma.
- c) **Mediación Optativa:** una parte decide recurrir a mediación, lo que obliga a la otra a participar.

Se reconocen también tipos de mediación, según si el interés comprometido en el conflicto es de orden público o no, es el caso de materias cuya mediación está prohibida, como los asuntos relativos al estado civil de las personas o maltrato de menores e incapaces, entre otros.

En materia de violencia intrafamiliar, el debate sobre si debe o no ser objeto de mediación no es pacífico. Algunos, no verían problemas en que bajo ciertas circunstancias, se sometiera a mediación los conflictos cuyo origen han sido actos de violencia intrafamiliar. Otros, en cambio, cuestionan la posibilidad de contemplar la mediación para solucionar los conflictos de violencia intrafamiliar, entre sus argumentos, se encuentra que faltaría un elemento básico la voluntariedad y la libertad

¹³⁹ GOZAINI, Osvaldo. "FORMAS ALTERNATIVAS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS". Editorial Desalma. 1995. p. 90.

¹⁴⁰ MATURANA, Cristian. DERECHO PROCESAL ORGANICO. Apuntes. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Marzo 2003. p. 19.

de la víctima de expresar su opinión, y por otro habría un claro desequilibrio de poderes para negociar.

d. Críticas al Sistema de Solución Alternativo de Conflictos

Se denomina Sistema Alternativos de Solución de Conflictos o Resolución Alternativa de Disputas, a todos los métodos o medios autocompositivos asistidos o no asistidos, que ponen o pueden poner fin a un conflicto¹⁴¹.

Para algunos autores, como el profesor de la Universidad de Yale, Owen Fiss, no puede generalizarse estas formas autocompositivas de solución sin poner en riesgo el valor justicia¹⁴².

Se consideran como inconvenientes de la resolución alternativa de disputas, los siguientes puntos:

- El desequilibrio de poder entre las partes. Se ha indicado que la resolución alternativa de disputas se inspira en la noción de que ambas partes de un conflicto están en situación de igualdad y poseen similar poder. En la realidad, la mayoría de los juicios, involucran a personas con posiciones económicas diferentes, minorías, entre otros. Esto afectará la negociación y el que tenga menor poder no estará en conocimiento de sus derechos o posibilidades, y se verá forzado a llegar a un acuerdo debido a la falta de dinero.
- La falta de representación suficiente para dar consentimiento. La resolución alternativa presupone a individuos capaces de expresar su opinión y de autodeterminarse libremente sin necesidad de otro (son plenamente capaces, por tanto son libres para expresar su voluntad), pero, según los detractores del

¹⁴¹ Conciliación, Negociación, Arbitraje, Mediación, Transacción, Renuncia, Desistimiento, Allanamiento, entre otras formas autocompositivas.

¹⁴² FISS, Owen M. "AGAINST SETTLEMENT". The Yale Law Journal, Vol. 93:1073 1984. Citado en HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladis. MEDIACION PARA RESOLVER CONFLICTOS. Editorial AD- HOC. Segunda Edición. 1996.p. 30 a p. 32.

sistema de solución alternativa de conflictos, existen intermediarios como los abogados, representantes legales, grupos u organizaciones que arriban a acuerdos que no necesariamente atienden los intereses de quienes representan.

- La falta de fundamento para la posterior actuación judicial. Las personas que creen en la resolución alternativa de conflictos minimizan la dimensión del juicio como remedio, y piensan que la sentencia pone fin al proceso, considerando el acuerdo producto de la negociación como su sustituto. No consideran el momento jurisdiccional de la ejecución, el cual pone en práctica lo que el juez ha conocido y fallado. Muchas veces, la sentencia no es sino el principio de una continua actuación judicial, que busca el cumplimiento de la misma con auxilio de la fuerza pública, inclusive. Luego del acuerdo, señalan, si las partes solicitan alguna modificación o decisión, el juez no podrá hacerlo, ya que deberá seguir lo acordado por las partes.
- La justicia debe prevalecer antes de la paz. Los seguidores de la resolución alternativa consideran que el acuerdo equivale a la sentencia. Dentro de este razonamiento, la transacción logra el mismo objetivo que la sentencia: la paz para las partes del conflicto con menor costo para la sociedad. Los críticos indican, que el fin de la adjudicación debe ser más amplio, ya que la sentencia no considera sólo la paz de las partes, sino también considera el texto Constitucional y la explicitación de valores, que en los acuerdos de las partes no se hace, lo que priva al juez, con posterioridad, de interpretarlos según esos valores, faltando así un auténtico criterio de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. BERNAL S., Trinidad. "LA MEDIACION. UNA SOLUCION A LOS CONFLICTOS DE RUPTURA DE PAREJA".Editorial COLEX. Madrid. 1998. 256p.

2. CÓDIGO CIVIL. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1998 (fecha edición). 1199p.
3. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. En: Riquelme, Lesliet. Repertorio de Legislación de Familia: textos legales anotados y concordados. SocoLibros Ltda. Santiago, Chile. 2005. 384p.
4. GOZAINI, Osvaldo. "FORMAS ALTERNATIVAS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS". Editorial Depalma. Buenos Aires.1995. 380p.
5. HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladis. MEDIACION PARA RESOLVER CONFLICTOS. Editorial AD- HOC. Segunda Edición. Buenos Aires.1996. 435p.
6. HISTORIA DE LA LEY: compilación de textos oficiales del debate parlamentario: ley 19.968 (Publicado en el Diario Oficial el 30 de Agosto de 2004). Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago. 2004. Volúmenes I a IV.
7. MATURANA, Cristian. DERECHO PROCESAL ORGANICO. Apuntes. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Marzo 2003.
8. LEY 19.968. CHILE. Crea los Tribunales de Familia. Ministerio de justicia, Santiago, Chile, agosto de 2004.
9. LEY 19.585. CHILE. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, octubre de 1998.
10. LEY 16.618. CHILE. Fija el texto de la Ley de Menores. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, marzo de 1967.
11. PINO, Pamela. ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Concepción. 1997.193p.
12. RAMÍREZ, María Eugenia. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad Católica de Valparaíso, 1994. 373p.
13. RAMOS, René. ASPECTOS DESTACADOS DE LEY 19.947 SOBRE MATRIMONIO CIVIL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DEL 17 DE MAYO DE 2004. Apuntes de Estudio. Central de Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2005.
14. RAMOS, René. DERECHO DE FAMILIA. Editorial Jurídica. Tercera Edición. Santiago. 2000. Volúmenes I y II.
15. SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. "LA FILIACIÓN EN EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA". Editorial Conosur Lexis-Nexis. Santiago. 2001. 453p.

16. TURNER SAELZER, Susan. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. . *Ius et Praxis*. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso>
17. YANIERI, Alcira. MEDIACION EN EL DIVORCIO, ALIMENTOS Y REGIMEN DE VISITAS. Buenos Aires. Editorial Juris. 1994. 128p.