

ARTÍCULOS

Mediación y proceso judicial: El problema de la confidencialidad

Mediation and judicial process: The problem of confidentiality

Oscar Arqueros Naranjo

Universidad Arturo Prat, Chile

RESUMEN La finalidad principal de este texto consiste en demostrar que la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, en específico su Título V, relativo a la mediación familiar, no goza de una elaboración satisfactoria. Esto quiere decir que utiliza un lenguaje ambiguo, poco claro y en casos extremos no regula ciertas problemáticas. Caso contrario a lo ocurrido en España, donde la mediación se encuentra regulada en leyes específicas, y su formulación es más detallada, solventando problemáticas que nuestra ley no realiza. Claro ejemplo de ello es el principio de confidencialidad, tema principal de este artículo. Para abordar esta problemática, se utilizará un caso hipotético, en el que dos partes en conflicto solicitan a un juez de familia declarar admisible, en la audiencia preparatoria, un informe pericial presentado en una mediación anterior que trata sobre las necesidades psicosociales o socioeconómicas del niño, niña o adolescente. ¿El juez puede declarar admisible aquella prueba? ¿O por el contrario debiese declararla inadmisibles por ser contraria al principio de confidencialidad establecido en el artículo 105, letra c, de la Ley 19.968? ¿Nuestra ley dice algo sobre aquel tema? ¿Qué principio tiene mayor valor? ¿El principio de confidencialidad u otros tales como el interés superior del niño, niña o adolescente? Lo ideal sería que nuestro sistema legal regulara todos los acontecimientos que sucedieran en la realidad, sin embargo, aquello no es factible, por tanto, es deber tanto de los jueces como de los abogados propender a buscar siempre la mejor solución para el conflicto que se desenvuelve ante ellos, aun cuando la ley no determine una solución concreta, siendo fundamentales los principios generales del derecho que nutren nuestro sistema, evitando, de esta forma, decisiones injustas, las cuales pueden afectar de manera permanente las relaciones familiares.

PALABRAS CLAVE Mediación familiar, principio de confidencialidad, laguna axiológica, prueba pericial, principios generales del derecho.

ABSTRACT The main purpose of this text is to demonstrate that our Law 19.968, which creates the Family Courts, specifically its Title V relative to Family Mediation, is not

satisfactorily elaborated, that is to say, it uses ambiguous and unclear language and in extreme cases does not regulate certain problems. This is the opposite of what happens in Spain, where mediation is regulated in specific laws, and its formulation is more detailed, solving problems that our law does not do. A clear example of this is the principle of confidentiality, the main subject of this article. In this regard, a hypothetical case will be used in which two parties in conflict request a family judge to declare admissible in the preparatory hearing, an expert report presented in a previous mediation that deals with the psychosocial or socioeconomic needs of the child. Can the judge declare that evidence admissible? Or, on the contrary, should he declare it inadmissible for being contrary to the principle of confidentiality established in article 105 letter C of Law 19,968? Does our law say something about that issue? Which principle has greater value, the principle of confidentiality or others such as the best interests of the child? Ideally, our legal system would regulate all events that occur in reality, however, this is not feasible, therefore, it is the duty of judges and lawyers to always seek the best solution for the conflict that unfolds before them even when the law does not determine a specific solution, being there fundamental the general principles of law that nourish our system, thus avoiding unfair decisions which may permanently affect family relationships.

KEYWORDS Family mediation, principle of confidentiality, axiological gap, expert proof, general principles of law.

Introducción

La mediación como método alternativo o, mejor dicho, complementario de resolución de conflictos en Chile, no es una novedad, ya que su implementación, a lo menos en materia de derecho de familia, surgió en 2005, con la Ley 19.968 que creó los tribunales de familia, la cual posteriormente fue modificada con la Ley 20.286 de 2008 por no mostrar los resultados esperados en su ejecución, como señala el mensaje del proyecto de ley:

En la práctica, desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de familia, la mediación no ha sido considerada dentro de las posibilidades reales de solución, por lo que sus resultados cuantitativos esperados han estado muy lejos de la realidad.¹

De esta forma, pasó a ser previa y obligatoria para tres materias específicas, como alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. En la actualidad, y como señala Elena Lauroba (2016):

Ciertamente, a día de hoy la mediación no resulta ajena a ningún operador jurídico y las discusiones sobre su mejor implementación ocupan artículos y encuentros. Ahora ya no se trata de dilucidar si es una figura útil para la resolución de conflictos

1. Mensaje 269-354/ del 17 de agosto de 2006 al honorable presidente de la Cámara de Diputados.

y la tuición de los ciudadanos (justiciables), sino que, dándolo por hecho, se persigue arbitrar los mejores mecanismos para su empleo efectivo.

Sin embargo, transcurridos trece años desde aquella última modificación al proceso de mediación, y aun cuando en 2020 se ingresó un proyecto de ley que dice relación solamente con la posibilidad de realizar el proceso por vía telemática, como también que los jueces de competencia civil incentiven a las partes en juicio a participar en una mediación, aquellos cambios, en definitiva, son mínimos.

Dicho lo anterior, este trabajo parte de las siguientes interrogantes: ¿Es posible que las partes, de común acuerdo, soliciten al juez, en la audiencia preparatoria, la admisibilidad de prueba pericial vista anteriormente en una mediación? ¿Es absoluto o tiene límites el principio de confidencialidad dispuesto en el artículo 105, letra c, de la Ley 19.968?

Con este artículo, se espera demostrar las falencias que trae consigo el actual artículo 105, letra c, en específico con respecto a su lenguaje poco claro y ambiguo, como, a su vez, su silencio ante ciertas excepciones que, por ejemplo, en la legislación española se encuentran reguladas (Ley 5/2012 del 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, Ley 1/2000 del 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, y como complemento de la Ley 24/2018 del 5 de diciembre de Mediación de la Comunitat Valenciana).

También se busca dar respuesta al caso hipotético planteado, solventando así el vacío en la Ley 19.968, haciendo uso de los principios generales del derecho dispuestos en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, se proporciona un nuevo artículo 105, letra c, el cual posee una nueva formulación, tomando como referente las leyes españolas ya individualizadas, como también incorporando la única excepción del actual artículo dispuesto en la Ley 19.968. La finalidad de esto es fomentar, a futuro, el perfeccionamiento de la mediación familiar en Chile.

La mediación familiar

Como punto de partida, debemos orientar nuestra mirada a lo señalado por Ortuño Muñoz, quien define la mediación familiar como un:

Proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar, sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, calificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar, para facilitar, a través de la realización de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración la peculiaridad de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares (Echeverría, 2014: 176).

La definición señalada es fundamental en este artículo, ya que se desprende, a simple vista, el gran poder decisorio que poseen las partes dentro del proceso, entendiéndose por tal la facultad de autogestionar y, en definitiva, de solucionar total o parcialmente, conforme a sus intereses, el problema de índole familiar.

Esta facultad, inherente a las partes en el proceso de mediación, les permite generar excepciones al principio de confidencialidad, las cuales se señalarán más adelante, y que lamentablemente nuestra ley no regula, *a contrario sensu* de la legislación española.

El principio de confidencialidad en la Ley 19.968

La ley que crea los tribunales de familia, en su Título V, de la Mediación Familiar, artículo 105, establece los distintos principios que rigen la mediación en nuestro sistema familiar. En específico, me detendré en su letra c, la cual señala:

Confidencialidad: por el cual el *mediador* deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La violación a dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal.

Nada de lo dicho por *cualquiera de los participantes* durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo.

Con todo, *el mediador quedará exento del deber de confidencialidad* en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de niños, niñas, adolescentes o discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención.

A continuación, se debe realizar una disección de este principio, a fin de obtener los distintos individuos que afecta, diferenciando entre prohibiciones y exenciones.

Prohibiciones

El mediador *deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto* durante el proceso de mediación, so pena sanción dispuesta en el artículo 247 Código Penal.

Nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación *podrá invocarse en un juicio posterior* en caso de haberlo.

Exenciones

El mediador *exento del deber de confidencialidad* en aquellos casos tome conocimiento de situaciones de maltrato o abuso a niños, niñas, adolescentes y discapacitados.

Dicho lo anteriormente expuesto, se iniciará el análisis del principio en comento, constatando en primer lugar, la existencia de dos prohibiciones, una de carácter específica que afecta al mediador, y otra de carácter general, que constriñe a cualquiera de los participantes. Por otro lado, se encuentra una exención que aplica solamente al mediador.

Ahora, si orientamos nuestra atención al numeral dos señalado, y siguiendo lo dispuesto por Fabricio Mantilla Espinosa (2009: 568), «el significado de una expresión depende en gran medida del orden y la manera como las palabras se hallan conectadas en una frase», es decir, en aquel principio encontraríamos ciertas ambigüedades, que a continuación se mencionan:

La frase «nada de lo dicho» tendría relación con todo aquello que se expresa verbalmente en la sesión, sin embargo, ¿quedaría dentro de tal prohibición un documento, un informe pericial presentado por los participantes en la mediación, el cual solamente fue visto por ellos?

A partir de la frase «cualquiera de los participantes», podríamos inferir que dentro de tal grupo están los padres en disputa, los abogados de estos últimos, los hijos cuando sea necesario oír su opinión, los abuelos o algún familiar cercano y la declaración de un perito cuando fuese solicitado por los participantes. ¿Se encontrarían todos ellos obligados a guardar silencio o solo algunos?

Un caso llamativo corresponde a la prueba pericial, es decir, un dictamen pericial presentado por alguno de los participantes en la mediación, en que se hace necesario oír a un experto, como es el caso del peritaje psicosocial de los padres y su entorno, o del niño, niña y adolescente, o un peritaje socioeconómico que señale las necesidades de estos últimos. En este caso, llegada la audiencia preparatoria, ambas partes solicitan al juez su incorporación. ¿El juez deberá declarar su admisibilidad?

De acuerdo con el artículo 105, letra c, si nos vamos al tenor literal, un juez puede derechamente excluir la prueba por ser manifiestamente ilegal, ya que nada de lo dicho en el proceso de mediación puede ser utilizado en un juicio posterior, pero, como el artículo es ambiguo y falto de supuestos de hecho, existiría una situación que podría derivar en una resolución injusta para el juzgador, ya que si la mediación busca lograr acuerdos y aminorar el daño familiar, debiesen igualmente aquellos fines ser aplicados en un juicio posterior.

Es por ello que podríamos estar frente a una laguna axiológica, la cual significa «la falta de una norma que —según las preferencias subjetivas eticopolíticas (axiológicas precisamente) del intérprete— debería existir» (Guastini, 2018: 162), como es lo que ocurre en el caso hipotético cuando ambas partes, de común acuerdo, solicitan al juez de la audiencia preparatoria declarar admisible una prueba pericial efectuada en un proceso de mediación anterior:

El jurista, y muy especialmente el juez, debe —en cuanto ello es posible— dominar y casi dar vida de nuevo a todo el sistema, sentir su unidad espiritual, desde las premisas remotas y tácitas hasta los preceptos más insignificantes, como si fuese autor de todo ello y por él hablase la misma ley (Alcalde, 2016: 40).

Esto significa, que deberá buscar una solución que no está disponible expresamente en el ordenamiento jurídico, y que, por tanto, deberá sumergirse en los principios generales del derecho.

Sin embargo, tal labor que ha de realizar el juez debe estar siempre orientada en una premisa fundamental, la cual corresponde a que:

El proceso judicial no se desarrolla ajeno al mundo que lo rodea, sino se entiende y se explica en función del contexto en que se inserta, siendo delimitado y afectado por las condiciones sociales, culturales e incluso económicas de la comunidad en donde opera (Vargas y Fuentes, 2019: 113).

Esto quiere decir, que el juez debe tener presente, desde un principio, que se encuentra frente a un conflicto de gran relevancia, el cual está inserto en la esfera familiar, una institución de interés público. Esto hace necesario que:

El proceso se conciba como una institución y un lugar en que es posible y debido buscar la verdad. No porque la averiguación de la verdad sea el fin del proceso, sino porque es uno de sus fines, subordinado y funcional a su fin supremo que es el hacer justicia. Se hace justicia si se aplica el derecho correctamente. Y se aplica correctamente el derecho si se comprueban los presupuestos fácticos (Tuzet, 2021: 97).

Escenario español

Se puede partir señalando que España cuenta con la Ley 5/2012 del 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, la cual igualmente es aplicable a asuntos familiares. Además de aquella ley, cada comunidad autónoma cuenta con sus propias leyes relativas al tema, como es el caso de la Ley 24/2018 del 5 de diciembre, de Mediación de la Comunitat Valenciana.

Sobre la Ley 5/2012, me detendré en lo relativo al principio de confidencialidad, en relación con la Ley 1/2000 del 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Como punto de partida, la Ley 5/2012 ubica aquel principio en su artículo 9 de la siguiente manera:

Artículo 9: Confidencialidad.

- 1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación

y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

- 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:
 - a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
 - b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.
- 3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

El primer numeral, como el tercero, a grandes rasgos se asemejan a lo dispuesto en nuestro artículo 105, letra c, de la Ley 19.968, sin embargo, el lenguaje en el que está dispuesto el artículo 9 en cuestión, denota mayor precisión en su uso lingüístico, ya que señala expresamente «partes intervinientes», y no como es el caso de nuestra ley que versa «cualquier participante», como también la expresión «la documentación», la cual indirectamente se atribuye a aquello que puede «ser visto» por las partes, situación que nuestro artículo no expresa.

El numeral segundo aporta una novedad destacable, la cual consiste en que las propias partes, de manera expresa y por escrito, dispensen del deber de confidencialidad a mediadores o a las personas que participen en la mediación a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o arbitraje. Lo anterior, difiere notablemente con nuestro artículo 105, letra c, ya que no menciona aquella posibilidad, por tanto, en la Ley General Española, aquel principio no es absoluto, y primaría la voluntad de las partes como su derecho a aportar prueba que sea relevante para la solución del juicio.

Ahora bien, debe relacionarse lo anterior con la Ley 1/2000, en específico su artículo 335, el cual dispone:

Sección 5.a: Del dictamen de peritos

Artículo 335. Objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad.

- 1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o ad-

quirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

- 2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.
- 3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.

Si nos detenemos específicamente en el numeral tercero, este apoya con mayor fuerza la idea del acuerdo previo entre las partes en el caso de la solicitud de la intervención de un perito, quien participó en una mediación anterior al proceso judicial, es decir, nuevamente el deber de confidencialidad es derrotado por un interés superior. Se debe dejar en claro que si una de las partes se niega a tal intervención, el juez podrá denegar la solicitud, aquello conforme al artículo 347 del mismo cuerpo legal.

No está demás señalar lo dispuesto por la Ley 24/2018 de Mediación de la Comunidad Valenciana en su artículo 8, el cual es más específico en regular el principio de confidencialidad, ya que regula otras situaciones que nuestra ley no realiza, como son las sesiones grabadas con fines de investigación.

Artículo 8: Confidencialidad

1. El procedimiento de mediación, así como toda la información y documentación que se utilice o se derive de la misma, tienen carácter confidencial. El deber de confidencialidad se extiende a todas las personas e instituciones públicas o privadas que intervengan en la mediación, incluyendo a la persona mediadora y a las partes intervinientes.

2. La confidencialidad de la mediación y su contenido implica que las personas que hayan participado en el procedimiento no pueden ser obligadas a declarar o aportar documentación en un proceso judicial o en un arbitraje sobre la información o documentación que hubieran podido obtener o utilizar durante el transcurso de la mediación.

3. El deber de confidencialidad podrá excepcionarse, total o parcialmente, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando las partes en conflicto lo excusen de forma expresa y por escrito.

 - b) Cuando una resolución judicial dictada en un proceso penal, de forma motivada, solicite información a la persona mediadora.

 - c) Cuando nos encontremos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 38.2.a, a efectos de la comunicación de los hechos ante las autoridades competentes.
4. Las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

 5. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

 6. No se consideran datos confidenciales los que no contengan datos de carácter personal destinados, de manera exclusiva, a fines estadísticos.

Al igual que la Ley General, se autoriza que las partes, de manera expresa y por escrito, excusen la confidencialidad. Lo llamativo sobre esta ley consiste en que aquella excepción puede ser total o parcial, lo cual conlleva que las propias partes especifiquen qué hecho puede estar excluido de la confidencialidad, por tanto, prima con mayor relevancia la voluntad de las partes.

Visto lo anterior, es válido preguntarse: ¿El principio de confidencialidad es absoluto? ¿O acaso sucumbiría ante otros intereses de mayor magnitud?

Excepciones a la regla general

A continuación, se mencionarán las excepciones que nuestra Ley 19.968, en materia de mediación familiar y, en específico, sobre el principio de confidencialidad no contempla. No obstante, es dable reconocer que nuestra ley solo regula una excepción que afecta específicamente al mediador, y corresponde cuando aquel toma conocimiento de situaciones de maltrato o abuso a niños, niñas, adolescentes y discapacitados.

Dicho lo anterior, la primera excepción a tratar y que se relaciona con este artículo dice relación cuando las partes, de manera expresa y por escrito, les dispensen del deber de confidencialidad a los mediadores o a las personas que participen en el procedimiento de mediación. A ello, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su memorándum explicativo de la recomendación 98 (1), señalan, en su apartado número 41:

Se suele esperar que las partes estén de acuerdo en que las discusiones y negociaciones no sean comunicadas en cualquier procedimiento legal posterior. Dicha confidencialidad se refiere, normalmente a un «privilegio». El privilegio pertenece a las partes conjuntamente, no al mediador o al proceso. Las partes pueden renunciar a él y el mediador puede ser compelido a testificar en procedimientos legales. Es probable que los mediadores estén sujetos por códigos profesionales de conducta en relación con la confidencialidad, pero son las partes las que ostentan este privilegio (Viola, 2010).

La segunda excepción cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

La tercera excepción dice relación con que no se consideran datos confidenciales los que no contengan datos de carácter personal destinados, de manera exclusiva, a fines estadísticos.

La cuarta excepción consiste en que las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

Conforme a lo expuesto, y ante la existencia de otras excepciones que operan a lo menos en España, en Chile no debiesen gestionarse impedimentos que puedan afectar al procedimiento de mediación chilena, ya que todo elemento que permita innovar un sistema y que trae consigo una mejor operatividad debiese considerarse como algo positivo. Es necesario recordar lo acontecido con la mediación por videoconferencia, la cual antiguamente no era reconocida legalmente en el país, sin embargo, a raíz de la pandemia originada por el covid-19, se logró modificar el proceso de mediación, dotando a las partes de la facultad, previo común acuerdo, de realizar la mediación por cualquier medio tecnológico.

Continuando con los beneficios que puede traer consigo el modificar nuestra ley en el ámbito del principio de confidencialidad, se fortalecerían directamente los otros principios intrínsecos que rigen al proceso de mediación dispuestos en el artículo 105, en específico el principio de voluntariedad, imparcialidad, interés superior del niño, niña y adolescente, y la opinión de terceros.

Sobre aquellos principios, se ha de señalar que, al potenciar el rol de las partes a la hora de ellas optar por levantar total o parcialmente la confidencialidad, se fortalece el principio de voluntariedad, por ser ellas mismas de común acuerdo ejercer aquel privilegio. A su vez, el principio de imparcialidad no se ve alterado en atención a que ambas partes, en plena igualdad y derechos, dejan constancia de aquel levantamiento, lo cual no alteraría la imparcialidad del mediador. Sobre los otros dos principios me detendré más adelante.

Prueba y principios

En este punto, es necesario empezar con el siguiente refrán popular: «los árboles no dejan ver el bosque, que se usa para explicar cuando una persona no puede ver una situación en su conjunto porque se detiene en los detalles» (Vargas y Fuentes, 2019: 105).

Los árboles, en este caso, serían nuestro caso hipotético, el cual no tendría una solución justa por no contar con una norma expresa que regule aquella situación, sin embargo, nuestro bosque correspondería a todo el aparataje relativo a la red de principios que unen al sistema, los cuales ayudan al juez en diversas decisiones.

Es necesario señalar, como ocurre con la mediación, que los principios generales del derecho no tienen una definición unívoca. Existen diversos conceptos, tipos de principios, opiniones doctrinales, por ende, son un campo inexplorado a cabalidad. Una aproximación a este universo consiste en que «los principios generales del derecho constituyen o forman parte del ordenamiento jurídico, su tejido conjuntivo, en la expresión de Messineo, toda vez que ellos se halla cimentado el propio sistema legal» (Alcalde, 2016: 40).

Ante ello, es necesario descubrir qué principios generales del derecho pueden ser utilizados a fin de colmar el vacío en cuestión, los cuales serán enumerados para su posterior análisis conjuntivo:

Artículo 14, Ley 19.968: Colaboración

Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.

Artículo 16: Interés superior del niño, niña y adolescente en relación con el artículo 105, letra e, ambos en la Ley 19.968.

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.

Artículo 28, Ley 19.968: Libertad de prueba

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 renunciabilidad de los derechos que solo miran el interés individual del renunciante (artículo 12 del Código Civil).

Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

La necesidad de juzgar a una persona en el marco de un debido proceso (artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980).

La Constitución asegura a todas las personas: Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Cabe señalar que los principios generales del derecho antes expuestos corresponderían, dentro de la:

Clasificación de Wróblewski, a principios positivos de derecho, que serían normas explícitamente promulgadas en una disposición o enunciado, o normas construidas con elementos pertenecientes a varias disposiciones, pero que son consideradas más importantes que las demás (Ezquiaga, 1994: 85).

Los principios expuestos deben implementarse en armonía con los medios de prueba para entender el porqué de su aplicación. Así, siguiendo a Taruffo, es «cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa» (Taruffo, 2008: 15).

Ahora, retomando nuestro caso hipotético, la prueba pericial originada en una mediación anterior tendría la finalidad de demostrar un hecho posible de ser verdadero o falso, pero que trae consigo la ganancia de adoptar un mayor conocimiento necesario para resolver la controversia.

Rafael De Piña señala que la palabra «prueba», en su «sentido estrictamente gramatical, expresa la acción y el efecto de probar, y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa» (Decap, 2019: 13).

En este caso, la prueba pericial que determine las condiciones y necesidades de niños, niñas y adolescentes sería un elemento fundamental que debiese ser conocido por el juez, y aún más cuando ambas partes acuerdan ofrecer tal prueba. Frente a esto, Mauricio Duce señala que:

Los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo en lo que su experticia es un aporte para el mismo y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas (Decap, 2019: 250).

La prueba pericial, en el caso *sub lite*, tendría la calidad de ser un medio de prueba relevante, ya que «son todos aquellos que puedan ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad de un hecho en litigio, es decir, una información sobre tal hecho “superior a cero”» (Taruffo, 2008: 38), ya que «la sola afirmación de la existencia de un derecho no es suficiente para obligar al órgano jurisdiccional a dictar sentencia favorable. Se requiere, además, de una actividad adicional como es la prueba» (Hunter, 2019: 285).

En este momento, corresponde dar vida al sistema subsanando la laguna prevista en nuestro artículo 105, letra c, utilizando el conjunto de principios generales en razón de la finalidad de la prueba pericial solicitada por las partes en litigio, partiendo desde la idea de que el principio de confidencialidad no es absoluto, y, como tal, posee límites incluso cuando no sea mencionado expresamente, ya que, «reflejando su propia condición de obra humana, la ley será siempre incompleta. Por sutil o perspicaz que se suponga el espíritu del hombre, es incapaz de alcanzar por completo la síntesis del mundo en que vive» (Alcalde, 2016: 86). Es decir, frente al caso en que las partes, de común acuerdo, solicitan al juez en la audiencia preparatoria declarar admisible como prueba pericial un dictamen de un perito, el cual participó con las partes en una mediación anterior, el juez debiese admitirla. Ello, en primer lugar, debido al contexto en el que se desarrolla el proceso, ya que el juez debe optar siempre por las soluciones a que lleguen las partes a raíz del principio de colaboración que rige el proceso judicial en sede familiar. Además, las partes deberán estar conscientes de las consecuencias de tales acuerdos, ya que renuncian expresamente a sus derechos de interés personal en pos del interés superior del niño, niña y adolescente, siendo estos el foco central del proceso, y para quienes el juez deberá siempre velar por sus derechos y garantías. Así, para llevar a cabo tal tarea y tomar conocimiento de las necesidades de los niños, niñas y los adolescentes, se hace imperioso probar todos los hechos que permitan satisfacerlos, pudiendo las partes utilizar todos los medios de prueba disponibles con la finalidad de asegurar el debido proceso, el cual tiene como finalidad principal resolver de manera justa y conforme a derecho un conflicto de gran relevancia jurídica en la esfera familiar.

Tentativa de reforma artículo 105, letra c

Sobre el particular, y con la mera intención de aportar en el perfeccionamiento del proceso de mediación familiar chilena, propongo el siguiente artículo elaborado a partir de la combinación de los mejores aspectos obtenidos de la Ley 5/2012 del 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en relación con la Ley 1/2000 del 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, y como complemento la Ley 24/2018 del 5 de diciembre de Mediación de la Comunitat Valenciana que tratan sobre el principio de confidencialidad incluyendo, además, la excepción del actual artículo 105, letra c, de la Ley 19.968.

Cabe señalar que al actual artículo 105, letra c, se aplicó la siguiente modificación, agregando luego de la palabra «abuso» la siguiente oración: «O cualquier forma en que se atente contra la dignidad humana».

Artículo 105, letra c): Confidencialidad

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen total o parcialmente del deber de confidencialidad. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.

3. Las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

4. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

5. El mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato, abuso o cualquier forma en que se atente contra la dignidad humana de niños, niñas, adolescentes o discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención.

Conclusión

A modo de cierre, es dable preguntarse si el Título V, que regula la mediación familiar en la Ley 19.968, se encuentra debidamente elaborada, en atención a la

ambigüedad manifiesta de ciertos enunciados normativos, lo cual fue visto en comparación con España.

Lo expuesto no se señala al azar, ya que si realizamos una comparación entre nuestro artículo 105, letra c, con los artículos dispuestos en la Ley 5/2012 del 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y Ley 24/2018 del 5 de Diciembre de Mediación de la Comunitat Valenciana, sobre el mismo principio de confidencialidad, evidenciamos que, tanto el lenguaje expresado como, a su vez, los hechos fácticos que se regulan, dejan en deuda a nuestra legislación en materia de mediación familiar, y, en específico, sobre el tema tratado en el presente artículo.

Se desea haber demostrado que el principio de confidencialidad que rige la mediación no es absoluto y no es inamovible. Por tanto, es viable señalar la existencia de excepciones a la regla general, como las cuatro excepciones mencionadas en su oportunidad, las cuales son obtenidas en virtud de la observación de la Ley 5/2012 y la Ley 24/2018 ya individualizadas.

Al mencionar que el principio de confidencialidad puede ser dispensado total o parcialmente, permitiendo, en su momento, al mediador o a un tercero que hubiese participado en el proceso declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, debemos agregar que, por mutuo acuerdo de las partes, se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiese intervenido en una mediación o arbitraje relacionado con el mismo asunto. En definitiva, se refuerza la idea del gran poder decisorio que gozan las partes.

Sin embargo, Chile no goza de dicha normativa, por tanto, surge ahí el caso hipotético planteado en su momento: ¿Cómo debe actuar un juez de familia en una situación cuando las partes, de mutuo acuerdo, soliciten que se declare admisible un dictamen de perito producido en una mediación anterior?

Este artículo, ante tal laguna, busca una solución utilizando los principios generales del derecho, los cuales, al ser el tejido conjuntivo del ordenamiento jurídico, permiten solventar aquella interrogante. Para ello, resulta necesario orientar nuestra mirada a los principios mencionados en su debido momento (el principio de colaboración, el interés superior del niño, niña y adolescente, la libertad de prueba, la renunciabilidad de los derechos que solo miran el interés individual del renunciante y la necesidad de juzgar a una persona en el marco del debido proceso). Todos ellos, al actuar en conjunto, permiten subsanar aquel vacío, y con ello dar una solución justa al caso concreto, es decir, declarar admisible la prueba pericial solicitada por ambas partes de común acuerdo.

Por último, se otorgó una tentativa de reforma al artículo 105, letra c, el cual fue elaborado a partir de las leyes guías para este artículo como, a su vez, la inclusión de la excepción contenida en el actual artículo 105, letra c, modificado. Por tanto, su formulación, en esta nueva confección, contaría con un lenguaje claro, preciso y regula-

ría nuevas excepciones a la norma, logrando, de esta manera, a futuro, perfeccionar y modernizar nuestro sistema de mediación familiar.

Referencias

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2016). *Principios generales del derecho: Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio (2019). *La prueba de los hechos en el proceso penal*. Santiago: DER.
- ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen (2014). «La mediación familiar: Acuerdos de los progenitores en relación a su responsabilidad parental». *Direito & Desenvolvimento*, 5 (10): 165-186. Disponible en <https://bit.ly/3Mr1TSd>.
- EZQUIAGA FRANCISCO, Javier (1994). «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional». *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1: 69-98.
- GUASTINI, Riccardo (2018). *Interpretar y argumentar*. México: Ubijus.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2019). *Rol del juez prueba y proceso*. Santiago: DER.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2009). «Interpretar: ¿Aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33: 537-597. Disponible en <https://bit.ly/3LwjmaB>.
- LAUROBA, Elena (2016). «Mediación familiar y civil en España: Una institución (¿reciente?) Que ha llegado para quedarse». *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 98: 47-76. Disponible en <https://bit.ly/39AUOzW>.
- TARUFFO, Michele (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- TUZET, Giovanni (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- VARGAS PAVEZ, Macarena y Claudio Fuentes (2019). *Introducción al derecho procesal: Nuevas aproximaciones*. Santiago: DER.
- VIOLA DEMESTRE, Isabel (2010). «La confidencialidad en el procedimiento de mediación». *IDP: Revista de Internet Derecho y Política*, 11: 1-10. Disponible en <https://bit.ly/3wDaNpi>.

Sobre el autor

OSCAR ARQUEROS NARANJO es abogado por la Universidad Arturo Prat y mediador familiar por la Universidad Católica del Norte. Se desempeña como abogado particular y mediador familiar privado. Su correo electrónico es arquerosnaranjo@gmail.com.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)