INFORME

Sistema Nacional de Mediación y Representación por Mandato

Resumen:

Es deber del Ministerio de Justicia velar por la calidad del servicio de mediación familiar por parte de los centros de mediación contratados. La Unidad de Mediación ha tomado conocimiento que la vinculación entre la mediación familiar y la representación por mandato es un tema que ha resultado relevante para los mediadores en la implementación de la mediación previa.

El presente documento tiene por objeto analizar cómo opera la representación por mandato en relación con el Sistema Nacional de Mediación, de tal manera que los mediadores tomen conocimiento de los aspectos legales que reglamentan la materia, en lo que se refiere a la derivación a mediación y en la posibilidad de acudir a las sesiones de mediación representado por abogado u otra persona con poder suficiente.

I. Representación por mandato en las sesiones de mediación.

Acá surge la pregunta si es posible llevar a cabo un procedimiento de mediación familiar compareciendo representado por mandatario especialmente facultado para tal efecto.

La actual Ley de Tribunales de Familia N° 19.968, modificada por la Ley N° 20.286, consagra a la mediación en su título V, estableciéndola como método alternativo de resolución de las controversias de familia en oposición al juicio tradicionalmente concebido.

Por su parte, el artículo 108 de la Ley N° 19.968 que versa sobre la citación a primera sesión de mediación, prescribe que el mediador citará a primera sesión

“...a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán comparecer personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados.”

Si bien esta disposición pareciera ser lo suficientemente clara al utilizar la expresión “deberán comparecer personalmente”, en la práctica se presenta la duda, ya que en el resto de los procedimientos contenidos en la misma la ley se permite la representación.

De lo cual surge la necesidad de establecer un criterio uniforme de actuación por parte de los Centros de Mediación contratados por el Ministerio de Justicia, por ello es que se analizarán a continuación los preceptos legales en una interpretación literal, histórica y armónica, en consideración a lo dispuesto en los artículos 19 y siguientes del Código Civil que establece las reglas de interpretación de la ley.

El mandato se define por la ley como aquel contrato en que una persona confía la gestión de uno o mas negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (artículo 2116 Código Civil). El mandato judicial y la forma de comparecer en juicio, por su parte, se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Civil, la Ley N° 18.120, normas que se deben complementar con el artículo 18 de la Ley de Tribunales de Familia.

Sin embargo, las disposiciones anteriores no pueden ser aplicadas al proceso de mediación por las siguientes razones:

1. El proceso de mediación no reviste la forma de juicio, al contrario, consiste en una “etapa prejudicial”. Esto es recogido por el Mensaje del Ejecutivo en el Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia, al pretender establecer un sistema de mediación previo al juicio señaló que, “...las causas que versen sobre alimentos, tuición y el derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener

una relación directa y personal, se someterán a un procedimiento previo de mediación”¹

2. La historia fidedigna de establecimiento de la ley. La ley N° 20.286, demuestra que la intención del legislador fue que en el proceso de mediación las partes deban comparecer personalmente. En efecto la Ley 20.286 no modificó el artículo 108, que se mantuvo en forma idéntica a la primitiva Ley N° 19.968. Este último artículo propuesto por el Ejecutivo en el proyecto rolaba bajo el N° 67 el cual disponía lo siguiente:²

“A la primera audiencia de mediación se citará a los adultos involucrados en el conflicto, los que deberán concurrir personalmente a ésta y a las demás sesiones de mediación, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados. No obstante, las personas jurídicas y las personas naturales que tengan su domicilio en un territorio jurisdiccional distinto, podrán hacerlo por intermedio de sus representantes o apoderados.

Los menores serán convocados sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.”

Este precepto fue analizado en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, dentro del primer trámite constitucional, sufriendo modificaciones hasta alcanzar el actual texto, particularmente se eliminó la frase final del inciso primero a propuesta de las Diputadas Allende, Muñoz y Pollarolo, por considerar *vital la concurrencia personal de las partes* durante el proceso de mediación, aún en los casos en que la norma la exceptúa.

3. Similar norma existía en la primitiva Ley de Matrimonio Civil, que en su artículo 68 exigía la comparecencia personal de las partes para la audiencia especial de

¹ Documento disponible en el sitio web <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf>

² Ídem.

conciliación enmarcada dentro de un procedimiento de separación o divorcio, el cual fue suprimido expresamente por la Ley N° 20.286, reemplazándose por un nuevo artículo que dispone lo siguiente:

“Si el divorcio fuere solicitado de común acuerdo por ambos cónyuges, las partes podrán asistir a la audiencia a que se refiere el artículo anterior, personalmente o representadas por sus apoderados.”.

De tal forma, que si la misma ley no modificó el artículo 108, existiendo similar sentido, es que mantuvo la convicción del legislador en la Ley N° 19.968, de exigir la comparecencia personal de las partes al proceso de mediación.

4. El artículo 108 constituye una norma imperativa por el verbo normativo “deberán”, estableciendo requisitos para que el acto jurídico pueda llevarse a efecto, como lo es la comparecencia personal de las personas involucradas en el conflicto, *“quienes deberán comparecer personalmente”*

5. La naturaleza de la mediación es incompatible con la representación, incompatibilidad que nace de los propios objetivos planteados por el Ejecutivo en su mensaje, fomentar los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos de familia.

En conclusión los centros de mediación contratados por el Ministerio de Justicia deben siempre citar personalmente a las partes al domicilio particular de éstas, sin perjuicio de que los abogados puedan asistir a las sesiones de mediación resguardando siempre el cumplimiento de los principios de la mediación, en particular el principio de igualdad de las partes.

Si ambas concurren con abogado, en principio, no se vería alterada esta igualdad. Si una sola de las partes concurre con abogado corresponde al mediador

evaluar, en consideración al caso particular, si se lleva adelante el proceso con la asistencia de sólo una de las partes con abogado, considerando la opinión de la parte que concurre sin éste.

En el caso de la asistencia de abogados a las sesiones de mediación, el mediador debe clarificar en el discurso inicial el rol que a éstos les corresponde de asesoría jurídica y el protagonismo que en este proceso le corresponde a las partes, procurando, pese a las intervenciones de los abogados, conocer la voluntad y visión de las partes directamente involucradas en el conflicto.

En todo caso, para efectos de la revisión y firma del acuerdo, siempre debe respetarse la voluntad de las partes de recibir asesoría jurídica de un abogado previo a la firma.

II. Representación por mandato en la derivación a mediación familiar.

Para ser derivado a mediación licitada, el actual Sistema Nacional de Mediación, contempla 3 vías de ingreso, que son:

1. Derivación desde los Tribunales de Familia o los Juzgados de Letras con competencia en asuntos de familia.
2. Desde los Consultorios Jurídicos de las Corporaciones de Asistencia Judicial.
3. Directamente en los Centros de Mediación contratados por el Ministerio de Justicia o ingreso espontáneo.

En el primer caso, el artículo 107 inciso primero de la Ley de Tribunales de Familia, contiene reglas sobre derivación a mediación familiar en el siguiente sentido:

Artículo 107.- Derivación a mediación y designación del mediador. Cuando se trate de algunas de las materias que de acuerdo al artículo 106 son de mediación previa, las partes, de común acuerdo, comunicarán al tribunal el nombre del mediador que elijan de entre los mediadores contratados en conformidad a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 114, mediante una presentación que contenga la individualización de los involucrados y la mención de la o las materias incluidas. A falta de acuerdo en la persona del mediador o si las partes manifiestan su decisión de dejar entregada la designación a la resolución del juez, éste procederá a nombrar al mediador mediante un procedimiento objetivo y general, que garantice una distribución equitativa entre los contratados para prestar servicios en ese territorio jurisdiccional y un adecuado acceso a los solicitantes. En todo caso, siempre se hará presente al requirente la posibilidad de recurrir, a su costa, a un mediador de los inscritos en el registro señalado en el artículo 112. Estas actuaciones podrán llevarse a cabo ante cualquier tribunal de familia y para ellas no se requiere patrocinio de abogado.

Entonces para la solicitud de derivación a mediación ante los Tribunales de Familia o las demás instituciones, el usuario puede acudir a solicitar los servicios de mediación familiar licitada personalmente o por medio de mandatario, ya que al no existir norma expresa en contrario, a diferencia de la comparecencia al proceso de mediación, se debe recurrir a las reglas generales en materia de mandato y por lo tanto se puede acudir mediante mandatario a solicitar la derivación al proceso de mediación, para lo cual se deberá exhibir a la persona que realiza la derivación, el mandato que le habilite a actuar a nombre de su representado.

Los Centros de Mediación y en general aquellas instituciones que efectúen las derivaciones a mediación, deberán exigir los datos personales de las partes involucradas en el conflicto, que permitan la correcta citación y contacto con los usuarios del servicio de mediación familiar.

III. Conclusiones.

En síntesis, para determinar la procedencia de la representación por medio de mandatario a la mediación familiar es necesario distinguir dos etapas:

1. La comparecencia al proceso de mediación propiamente tal.
2. La solicitud de derivación a mediación familiar ante los distintos organismos.

En el primer caso, por disposición del artículo 108 de la Ley de Tribunales de Familia, complementada por la historia fidedigna del establecimiento de la misma ley, el proceso de mediación es de comparecencia personal de los involucrados en el conflicto de familia, sin perjuicio de que las partes puedan concurrir “acompañados” de sus abogados a las sesiones, caso en el cual, es el mediador el responsable de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de las partes.

En el segundo caso, solicitud de derivación a mediación, al no existir norma que exija la comparecencia personal de las partes a la solicitud de derivación de mediación, y por aplicación de regla general, es posible que esta solicitud se realice por mandatario, exhibiéndose el documento fundante de la personería.

En este caso se recomienda que se informe al solicitante de la derivación, que deberá comparecer personalmente su representado al proceso de mediación, sin perjuicio de ser acompañado por su abogado.