

Carolina Riveros, Cristian Contreras y Rodrigo Palomo ↗

Mediación y personas mayores en Chile

Mediation and Elderly Persons in Chile ■

Mediação e pessoas idosas no Chile ■

Resumen: *Este trabajo tiene como objetivo principal plantear que para los adultos mayores, en Chile, también es necesario implementar una política pública de mediación previa y obligatoria en determinadas materias.*

Palabras clave: *mediación, adultos mayores, acceso a la justicia.*

Abstract: *This work takes as a main target to raise that for the Senior citizen, in Chile; also it is necessary to implement a public politics of previous and obligatory mediation in certain matters.*

Keywords: *mediation, Senior citizen, access to the justice.*

Resumo: *Este trabalho toma como um objetivo principal para levantar isto para o cidadão de Senior, no Chile, também é necessário implementar uma política pú-*

↗ Carolina Riveros: Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Talca.

✉ criveros@utalca.cl

Trabajo escrito en el marco del Proyecto FONDEF ID16AM0006 titulado “El maltrato estructural a las personas mayores en Chile. Formulación de un índice multidimensional” de la cual la autora es la investigadora responsable. Este artículo también ha sido realizado dentro del marco del Proyecto Anillo Programa: PIA SOC 1406, 2015–2018 titulado “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos como herramienta de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinario” de cual participa como coinvestigadora.

↗ Cristian Contreras: Profesor de Derecho Procesal de Universidad de Talca.

✉ ccontreras@utalca.cl

↗ Rodrigo Palomo: Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Talca.

✉ rpalomo@utalca.cl

El autor participa en calidad de coinvestigador del Proyecto FONDEF ID16AM0006 como asimismo del Proyecto ANILLO PIA SOC, 1406 2015–2018.

blica da mediação prévia e obrigatória em certas matérias

Palavras-chave: *mediação, acesso de cidadão Sênior à justiça.*

Recibido: 20180228

Aceptado: 20180407

Agradecimientos: *a Gabriela Villarroel y Maximiliano Olivares por su colaboración en la revisión de aspectos formales de este trabajo.*

Planteamiento general

Observando los datos estadísticos disponibles¹, resulta innegable que las personas de la tercera edad se han ido convirtiendo poco a poco en uno de los grupos centrales de la sociedad. El aumento de la esperanza de vida es, sin lugar a dudas, una buena noticia, pero no debe olvidarse que esto acarrea necesidades adicionales que tanto el Estado como la comunidad en su conjunto deben estar dispuestos a asumir y satisfacer. Chile envejece, en el 2050 se proyecta que en nuestro país habrá 6,3 millones de personas con más de 60 años, lo que correspondería al 29,5 % de la población chilena². Figueroa expresa “No cabe duda que la humanidad se está convirtiendo en una sociedad cada vez más añosa”. (Figueroa, 2008).

Recientemente se publicó por la OCDE un estudio denominado “Pensiones en un Vistazo”. Dicho estudio proyecta que en 2065, Chile tendrá 63 personas mayores de 65 años por cada 100 personas en edad de trabajar. Ello significa que luego de México y de Turquía somos el país con la mayor alza de personas mayores. En dicho contexto se advierte que en 50 años más en Chile, habrá más personas jubiladas que personas en condiciones de trabajar³.

Por lo tanto, el creciente aumento de la cantidad de adultos mayores es un tema que debe ser enfrentado ahora. Se ha reconocido la existencia del maltrato estructural de los adultos mayores en Chile por organismos de carácter público como el SENAMA (Servicio Nacional Adultos Mayores). En consecuencia, se ha definido el maltrato estructural como “aquel en que el ordenamiento jurídico, económico y social propicia la violencia sistémica ejercida en contra de este grupo etario”. De este modo, las personas mayores en Chile están inadecuadamente protegidas por el ordenamiento jurídico, bioético y de salud pública (Riveros, 2017). Específicamente, el derecho a acceso a la justicia, a través de los sistemas tradicionales de justicia parece insuficiente para los adultos mayores, considerando en muchas ocasiones un nivel de vulnerabilidad mayor que otros grupos etarios. Asimismo, el nivel de maltrato estructural está determinado por la condición de vulnerabilidad del adulto mayor asociada a factores de género,

concepto negativo de la vejez, estrato socio-económico, desarrollo educacional y condiciones o estado de salud. (Riveros et al. 2017) Elementos o factores exógenos a la justicia pero que inciden sustancialmente cuando las personas están atravesando un conflicto. Estimamos que en muchos conflictos con partícipes adultos mayores se debería utilizar la mediación obligatoria como primer instrumento de acceso a la justicia. Por ello, se propone ampliar los casos de mediación previa y obligatoria en Chile a casos relacionados con adultos mayores.

A título ejemplar en este orden de cosas, en materia de Derecho de Familia podemos indicar un caso del Tribunal de Familia de Santa Cruz, causa Rol C-407-2014 en que la curadora del padre, quien es también la esposa del legitimado activo demanda alimentos contra los hijos. En dicha causa el padre sufre del mal de Parkinson, insuficiencia cardíaca e hipertensión arterial. Asimismo, los ingresos familiares representan la suma de 535,21 dólares (\$348.293 pesos chilenos) y los egresos constituyen 592,23 dólares (\$385.403 pesos chilenos)⁴. Además, tiene 76 años de edad, está bajo interdicción por demencia y vive de allegado junto a su señora en un Hogar de Ancianos. El hijo demandado recibe como administrador de un local el sueldo mínimo, cuestión que a juicio del Tribunal parece inverosímil. Tiene una carga familiar y además, vive con su conviviente y la madre de ella. Quienes no realizan ninguna actividad laboral. La hija demandada vive con su marido, quien es dueño de un predio de 74 hectáreas, y sus 3 hijos universitarios. Ella recibe un sueldo como profesora de aproximadamente 1491 dólares (\$970.000 pesos chilenos). El tribunal de primera instancia determinó acoger la demanda y condenó al hijo a pagar un 25% de un ingreso mínimo remuneracional y a la hija a un 31.11% de un ingreso mínimo remuneracional en ambos casos reajustables. El hijo apeló a la sentencia y se acogió la rebaja del monto fijado y que en definitiva quedó en 13.34% de un Ingreso Mínimo Remuneracional Mensual.

A pesar de una situación física y mental absolutamente desmejorada unida a la falta de un hogar e ingresos menores a los egresos, se fija una pensión de alimentos bastante menor, en primera instancia y luego incluso se rebaja en la segunda instancia. La pensión es de aproximadamente 153,67 dólares (\$100.000 pesos chilenos). Parece necesario que los aspectos a considerar como gastos y egresos de los adultos mayores sean adecuadamente ponderados. El derecho de alimentos respecto de los padres o ascendientes no es una acción de caridad, sino que representa una manifestación del principio de solidaridad recíproca entre ascendientes y descendientes.

En un caso como el arriba mencionado, definitivamente cabe preguntarse si las posiciones de demandante y demandado no se hubiesen podido acercar a través de la mediación. No podemos afirmar ni negar cómo contribuiría la mediación en este caso específico, sin embargo, intentaremos por medio de este trabajo entregar argumentos que funden la incorporación de la mediación previa y obligatoria para casos relativos a algunos conflictos en los cuales son partícipes adultos mayores.

Razones para fomentar la utilización de la mediación por las personas mayores

Desde una perspectiva internacional y especialmente latinoamericana

¿Existen impulsos a nivel internacional para el empleo de la mediación?

En primer lugar, el acceso a la justicia como derecho humano ha sido ampliamente reconocido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales⁵.

Francioni presenta un concepto amplio del derecho de acceso a la justicia, de este modo el autor adopta el siguiente concepto: -entendido como el derecho del individuo a obtener protección de la ley y la disponibilidad de recursos ante un tribunal o ante otro mecanismo equivalente de protección judicial o cuasi judicial-. (Aguilar, 2010).

Asimismo, Acosta ha definido el derecho de acceso a la justicia desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de la siguiente manera:

Todo individuo tiene derecho a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable obtenida, en plazo razonable, ante un tribunal competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías judiciales que aseguren tanto a la defensa como la igualdad de condiciones entre las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa y respuesta efectiva, aún cuando la causa no haya sido motivada por el propio individuo (Acosta, 2007).

Ahora bien, la misma autora caracteriza dicho derecho expresando que:

Comprende el derecho a ser oído, para ello debe contar con mecanismos judiciales y extrajudiciales. Además, debe contar con instrumentos idóneos para la solución de controversias, enseguida se requiere de un derecho a recursos efectivos para la protección de los derechos humanos. También es necesario un tribunal independiente e imparcial, entre otros (Acosta, 2007).

El 15 de junio de 2015 se acordó por el Consejo Permanente aprobar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIPDHPM)ⁱ. Ya en el preámbulo se destacan aspectos muy relevantes en torno al tratamiento de las personas mayores, de este modo se indica en el párrafo 5:

Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad no a ningún tipo de violencia, dimanen de dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;

continúa el preámbulo expresando en el párrafo 6 que:

Reconociendo que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades.

La Convención reconoce una serie de principios, sin embargo en esta oportunidad sólo nos referiremos al acceso a la justicia. Dicho derecho se encuentra recogido en el Art 31 de la Convención y dispone:

La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra de ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes a procedimientos en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.

Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

Asimismo los Estados desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover:

a) Mecanismos alternativos de solución de controversias⁷.

b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.

El derecho de acceso a la justicia en el plano de las personas mayores es bastante amplio y posee diversas aristas. La Convención ha sido recientemente ratificada por nuestro país, por lo tanto es importante pronunciarse sobre la relevancia que tiene ocuparnos acerca de las personas mayores en Chile. Por ello, estimamos que existen instrumentos internacionales relevantes que fomentan la utilización de la mediación.

Considerando el ejemplo relativo al Derecho de Familia que utilizábamos al inicio de este trabajo y agregando que la mayoría de las personas mayores en Chile no obtienen pensiones elevadas, no deja de ser relevante cuanto es el costo económico y emocional asociado al acceso a la justicia. El monto promedio de pensiones entregadas por el sistema de AFP en 2016, considerando el aporte previsional solidario, bordea los \$ 322,73 dólares (\$210.000 pesos chilenos) en el caso de pensiones de vejez, representando una tasa de recambio promedio cercana al 35%. Considerando sólo las pensiones autofinanciadas, el promedio cae a \$ 299,68 dólares (\$195.000 pesos chilenos) aproximadamente⁸. No puede ser un impedimento para acceder a la

justicia el hecho que ello tenga asociado elevados costos. Por consiguiente, es un tema muy relevante considerar si el adulto mayor cuenta o no con los medios necesarios para acceder a la justicia y, en términos generales cómo establecer medios adecuados y accesibles a todos.

La efectividad del derecho de acceso a la justicia de las personas mayores es algo a lo que no hemos prestado toda la atención que se merece. En este sentido, una de dichas necesidades es la salvaguarda y respeto del derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de las personas mayores, quienes, como todos, están plenamente facultados para golpear la puerta del sistema jurisdiccional en pro de la defensa de sus legítimos intereses y pretensiones.

Así, no debe sorprendernos que cada vez más personas mayores concurren a los organismos públicos de todo tipo, incluidas obviamente las instancias judiciales, a fin de conseguir una solución para los conflictos en que se ven envueltos, sean estos de naturaleza familiar, vecinal, administrativa, penal, etc. (Munuera y Armadans, 2012). Por tanto, el Estado no puede desentenderse de su deber de estar dotado de la capacidad suficiente para dar respuesta a las inquietudes que le planteen los adultos mayores, pues sus particulares condiciones de vulnerabilidad hacen de ellos un grupo que demanda especial cuidado y protección. De ahí que no pueda aceptarse, v. gr., que la escasez de recursos se convierta en la explicación usual y suficiente para dejar de atender los requerimientos de este colectivo, fundamentalmente cuando se trata de la resolución de un conflicto o de la determinación de aquello que es *justo* en una disputa. En los procesos en que están envueltas personas mayores se hace más patente que nunca la necesidad de que la justicia se materialice con la debida celeridad, pues muchas veces se tratará de individuos que no tienen el tiempo, los recursos ni las energías para esperar el final de la tramitación del proceso judicial y el pronunciamiento de la sentencia.

En este escenario, la CIPDHPM pone de manifiesto que los Estados deben asumir la obligación de realizar las adecuaciones necesarias para asegurar el acceso efectivo de las personas mayores a la justicia, lo que no solo implica llevar a cabo ajustes e inversiones dentro del marco de los tribunales de justicia y los diferentes procedimientos judiciales (que deben ser *amigables* para atender las pretensiones de las personas mayores), sino que a ello deben sumarse gestiones encaminadas a la promoción de mecanismos alternativos de resolución de controversias, teniendo en cuenta todos los beneficios que se

predican de ellos respecto a la consecución de soluciones rápidas, eficientes y eficaces para los conflictos.

En ese sentido, es claro que la Convención reconoce que las características actuales de la Administración de Justicia y el ejercicio estatal de la jurisdicción, en su formato clásico, llevan a dudar de su real idoneidad para otorgar una tutela judicial efectiva a las personas mayores, de modo que deben realizarse las acciones conducentes a poner a su disposición el empleo de mecanismos alternativos de resolución de controversias, entendiendo que estos también constituyen una vía adecuada para asegurar la vigencia y el respeto de sus derechos. Estos mecanismos alternativos, conocidos también como ADR (por sus siglas en inglés) consisten en técnicas hetero o auto-compositivas que se caracterizan por resolver los litigios fuera del actuar del juzgador y de los tribunales. Clásicamente se considera entre ellas a la conciliación, la mediación, la negociación y el arbitraje (Iglesias y Calderón, 2011), debiendo precisarse que las tres primeras son expresión de las técnicas auto-compositivas, pues en estas también es posible encontrar la intervención de un tercero, siempre que este se limite a proponer una solución o a asistir a las partes para conseguirla. En esos casos, el tercero no actúa “*suprapartes*, sino *interpartes*” (Núñez, 2009).

Los altos costos involucrados, el excesivo formalismo, la lentitud de la tramitación y la ineficacia de la decisión producto de su tardanza -aspectos que han caracterizado el funcionamiento de los tribunales y los procedimientos judiciales-, instan a buscar otras formas más convenientes para garantizar el acceso a la justicia de todas las personas (Aguirrezabal, 2013) y encontrar soluciones que respondan a las condiciones de la sociedad actual (Taruffo, 1996) y, en particular, a las características de determinados grupos. Desde esta perspectiva, se ha apuntado que para la promoción de las formas alternativas de resolución de conflictos se ha tenido en cuenta: a) un mayor acceso a la justicia, pues se trata de vías más expeditas que los tribunales; b) la descongestión de tribunales que siempre padecen una alta carga de trabajo y el consecuente aumento en los tiempos de tramitación y costos; c) una mejor calidad de las decisiones producto de la participación directa de las partes en la resolución de su controversia; y d) la mayor eficiencia en la solución de algunos conflictos de menor entidad (Paredes, 2012).

Desde una perspectiva procesal: ¿Permite la mediación efectivamente el acceso a la justicia y la tutela judicial?

Como nos recuerda Barona, hasta hace poco se consideraba al proceso judicial como la mejor forma para obtener la solución de los conflictos (Barona, 2014). De ahí que la tutela judicial a la que tienen derecho todas las personas debía provenir precisamente del ejercicio del poder jurisdiccional por parte de un órgano estatal dotado de la facultad de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (tal como reza el artículo 76 de la Constitución chilena). Sin embargo, debido a las deficiencias del sistema, paulatinamente se fue aceptando que la solución pacífica y justa del conflicto también puede lograrse a través de herramientas ajenas al proceso, que de paso ayuden a la descongestión del propio sistema y al ahorro de los siempre escasos recursos. Así, hoy se considera que los mecanismos alternativos de solución de conflictos no son una alternativa al proceso, sino una vía complementaria a la justicia estatal (Barona, 2014), pues ambas coadyuvan en la consecución de soluciones plenamente satisfactorias y pacíficas para los conflictos, algo que puede verificarse, por ejemplo, con la etapa previa de mediación obligatoria que se ha establecido para ciertos conflictos de familia⁹.

Como puede apreciarse, la urgencia por garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva llevaron a impulsar procedimientos de naturaleza extrajudicial, reformulándose el sentido de estos derechos. Así, se pasó desde una interpretación tradicional, en cuanto posibilidad de los individuos para ocurrir a los tribunales de justicia estatales y poner en marcha el ejercicio del poder jurisdiccional, a una concepción amplia, que permite entender cumplido este derecho mediante el aseguramiento del acceso a mecanismos alternativos de resolución de controversias (Esplugues, 2013). Esta noción coincide con la idea amplia de acceso a la justicia propulsada por Francioni, citado anteriormente.

No cabe ninguna duda de que el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva se alcanza por medio del clásico instrumento de heterocomposición constituido por el proceso judicial que, a través del ejercicio de las herramientas procesales que el legislador ha puesto a disposición de los ciudadanos, usualmente termina con el pronunciamiento de una sentencia que pone término al conflicto y se impone a la voluntad de los contendientes (Araújo-Oñate, 2011). Sin embargo, razones de eficiencia, costos, celeridad y, si se

quiere, legitimidad del contenido de la decisión (Palavecino, 2011), han llevado a motivar e impulsar la participación directa de las personas en el *hacer justicia*, y por tanto, a considerar que el empleo de los mecanismos alternativos también es una forma esencial y robusta de asegurar la vigencia y respeto de los derechos.

La promoción de los mecanismos alternativos responde a un reconocimiento y realce de la autonomía de la voluntad de las partes que están involucradas en la controversia (Cobas, 2014), en el sentido que se les anima a componer directamente su conflicto, sea en un procedimiento en que intervengan únicamente los afectados, sea con la colaboración de un tercero, a fin de lograr la consecución de un acuerdo que permita superar la disputa (Barona, 2011). Dicha composición directa puede resultar especialmente beneficiosa para un colectivo que presenta una serie de particularidades a nivel económico, sanitario, social y/o cultural, de manera que su intervención en procesos judiciales (que en caso alguno han previsto adecuaciones para el evento que intervengan personas mayores), puede transformarse en una experiencia desagradable e incluso traumática, donde las actuaciones procesales y la decisión misma del sentenciador se les presente, por decir lo menos, incomprensible.

En todo caso, deben tomarse ciertas prevenciones, pues se ha indicado que la participación directa en la obtención de una solución para el conflicto puede generar una falta de garantías para las partes, pues nada asegura que sus intereses resulten debidamente representados (Taruffo, 1996). De hecho, se ha afirmado que la mediación puede presentar ciertos riesgos (Barona, 2014), particularmente a partir del desequilibrio entre los intervinientes, por lo que es imprescindible encontrar la forma de gestionar esta situación (Butts, Munduate, Barón y Medina, 2009).

Respecto a lo conveniente que puede resultar el logro de la solución por los propios afectados, se ha resaltado, particularmente en el caso de la mediación, que esta técnica genera un mayor compromiso y cumplimiento de los acuerdos, pues se favorece el encuentro y la comunicación (Munuera y Armadans, 2012). Puede apreciarse que este efecto es de suyo importante si analizamos el acuerdo desde la perspectiva de quienes adquieren compromisos que van en beneficio de personas mayores, como sería el caso del acuerdo sobre alimentos suscrito por un adulto mayor y uno o más de sus hijos o nie-

tos. Huelga explicar la importancia que una prestación de este tipo tiene para la persona mayor y lo vital que resulta el cumplimiento de lo acordado.

A mayor abundamiento, la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias adquiere mayor importancia para la composición de conflictos familiares dada la pervivencia de los vínculos y que, por añadidura, en estas disputas siempre se encuentra presente el elemento afectivo (Núñez, 2009). En este sentido, la participación del adulto mayor en procedimientos más cercanos, en que sea escuchado y, por sobre todo, en que se trate de salvaguardar o reestablecer las relaciones personales de aquellos que intervienen en el proceso, es algo altamente ventajoso no solo para el respeto y la efectividad de su derecho a acceder a la justicia, sino también para la satisfacción de las pretensiones que hayan hecho valer (Ribotta, Santillán-Pizarro, Paredes y Peláez, 2014).

Pero más allá de lo anterior, en términos generales se ha destacado que los mecanismos alternativos constituyen una vía expedita (pues si el acuerdo se alcanza rápidamente, basta, por ejemplo, con la asistencia a una o más sesiones de negociación o mediación), desformalizada (ya que las partes tienen plena libertad para fijar los plazos y el procedimiento, o bien, las formalidades son mínimas) y económica para obtener acuerdos satisfactorios, amistosos y pacíficos (Iglesias y Calderón, 2011; Barona, 2014). Además, en el caso de la mediación familiar se ha destacado que ella también es beneficiosa porque se desarrolla *“sin ningún tipo de contaminación, que en ocasiones se generan por la intervención de letrados, que en su exceso de celo, por satisfacer a sus clientes, pueden perjudicar el dialogo y empeorar el conflicto”* (Cobas, 2014).

Respecto de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, es claro que en este aspecto la mediación corre con ventaja, particularmente en el caso de los conflictos familiares, pues el Sistema Nacional de Mediación que se ha establecido como necesario complemento a la Justicia de Familia, dispone que el servicio de mediación, siempre es gratuito para los adultos mayores. Con todo, no existen casos de mediación previa y obligatoria como en las causas relativas a niñas, niños o adolescentes respecto de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. Se puede apreciar una diferencia de trato entre hombres y mujeres en relación con el beneficio de la mediación gratuita, puesto que, las mujeres serán beneficiarias a los 60 años y los hombres solo a partir de los 65 años¹⁰. Aunque la CIPDHPM no efectúa

distinción entre hombres y mujeres considerando genéricamente a las personas mayores de 60 años como integrantes de este grupo.

En términos generales y abstractos, los mecanismos alternativos constituyen una vía complementaria altamente atractiva para mejorar la resolución de conflictos y el aseguramiento de la paz social. De hecho, su utilización permite la participación directa de los involucrados en el problema y la configuración conjunta de la solución, lo que genera el desarrollo de un sentimiento de satisfacción y aumenta las probabilidades de cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Al ser partes directas del problema y gestores de su solución, las personas estarán más propensas a realizar cabalmente lo que hayan acordado. Ahora bien, las bondades que pueden predicarse de estos mecanismos no privan de la necesidad de llevar a cabo las adecuaciones pertinentes en caso de que ellos sean empleados por personas mayores. En efecto, consideramos que el acceso a la justicia por los adultos mayores no debe entenderse satisfecho por el solo hecho de poner a su disposición tribunales de justicia o sistemas alternativos que estén prestos a recibir sus demandas o solicitudes, sino que es imprescindible el desarrollo de instrumentos específicos para la protección de sus derechos. Vale decir, se debe contar con mecanismos alternativos especialmente adaptados para atender las peticiones de este grupo etario.

Si bien la CIPDHPM está en la línea de lo que se había dispuesto con anterioridad por la legislación de varios países de la región¹¹, no debe perderse de vista que la plasmación normativa de los derechos y garantías debe ir acompañada del desarrollo de políticas públicas y la consecuente inversión de recursos para crear las condiciones que permitan la vigencia efectiva de los mismos (Mora, 2009-2010). En esta perspectiva, es imprescindible, en primer lugar, establecer una orgánica y un personal capacitado con las competencias suficientes para atender los requerimientos de las personas mayores, luego de lo cual será necesario realizar acciones que permitan el conocimiento masivo de los derechos de este grupo, de las acciones que pueden llevar a cabo para su defensa y de los instrumentos estatales que se han dispuesto al efecto, particularmente mediante la promoción de aquellos mecanismos alternativos que se ha hayan diseñado para responder de mejor forma a sus necesidades.

En suma, para el pleno ejercicio y eficacia del derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de las personas mayores, deben respetarse,

además de las garantías generales previstas por la Constitución y las leyes, los principios generales previstos expresamente por el texto del artículo 3 de la CIPDHPM.

La mediación actualmente en Chile

Contexto general

En Chile la incorporación de la mediación se ha efectuado de manera inorgánica en diferentes disciplinas, careciendo de un marco general. De este modo considerando los diversos hitos respecto de las iniciativas en torno a la mediación se puede indicar: Lo primero corresponde al área del trabajo en la cual en 2001 se generó la Orden del Servicio N° 1 del 30 de enero del año 2002 establece y regula la mediación a petición de parte y la de oficio. Tanto preventiva como reactiva frente a conflictos laborales de naturaleza colectiva. Por su parte, la reciente reforma laboral, operada por la Ley N° 20.940, ha potenciado la mediación como mecanismo de solución alternativa de conflictos colectivos, tanto los que se generan a propósito de la negociación colectiva como los que ocurren fuera de ella. Al efecto, es central el rol del Departamento de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo.

Respecto del Derecho de Familia en 2004 se incorporó la mediación familiar (Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia), luego se integró la mediación en materias de daños por salud por medio de la implementación de Unidades de Mediación del Consejo de Defensa del Estado (Ley 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud). En materia laboral también hay supuestos de mediación forzosa (buenos oficios en la negociación colectiva) y obligatoria (mediación en supuestos de vulneración de derechos fundamentales laborales, previo a denuncia judicial). Finalmente, han existido programas pilotos en materia de mediación comunitaria o vecinal en 2007 y 2008.

Mediación previa y obligatoria en Chile

Como ya se ha adelantado en Chile solo existen 2 casos de mediación previa y obligatoria. Respecto de la mediación en materia de daños de salud su campo de acción es bastante específico, solo se refiere a acciones jurisdiccionales contra prestadores institucionales públicos o prestadores privados de salud que dicen relación con la reparación de daños ocasionados en el

cumplimiento de sus funciones. El contenido de la mediación es muy acotado es por eso que revisaremos con mayor detención qué casos comprende la mediación familiar.

En Chile se optó en primer lugar, con la Ley de Tribunales de Familia por la incorporación de la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Y por lo mismo la mediación se integró como una instancia de carácter voluntario, que se acudía por medio de tribunales. Las actas de la discusión parlamentaria de la Ley 19.968 dan cuenta de un amplio consenso respecto a las ventajas de implementar la mediación en sede familiar. Los temas de discusión se centraron principalmente en aspectos técnicos, como la conveniencia o inconveniencia de extender la mediación a los casos de violencia intrafamiliar y –en relación al tema que nos ocupa– si este proceso debía tener el carácter de obligatorio o facultativo. En relación a este último punto, cabe señalar que el proyecto enviado por el Ejecutivo consagraba como materias de mediación obligatoria los casos de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, lo que fue modificado en la discusión en el Senado. En efecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Alta rechazó la idea de una mediación obligatoria, porque se consideró que ello implicaría una demora en el procedimiento, tal como se observa de la siguiente cita:

Las personas que acudieran al tribunal, estarían condicionadas y además habría demora en la tramitación de la acción, representando por consiguiente la mediación obligatoria la posibilidad de trabas a la interposición de acciones o bien haría más engorrosa la tramitación en sí, especialmente tratándose de alimentos¹².

Ello generó, entre otros aspectos, un colapso en el sistema, puesto que, los tribunales de familia comenzaban recién en su implementación. Una de las razones esgrimidas para explicar el colapso de esta nueva judicatura fue el carácter voluntario de la mediación familiar y en consecuencia el bajo impacto en la descongestión de los tribunales, tal como señala el Mensaje Presidencial con que se envía el proyecto de reforma a la ley de tribunales de familia, a saber:

El no establecimiento de la mediación como obligatoria en determinadas materias junto a otros desaciertos tales como la comparecencia sin asistencia judicial y la carencia de filtros en la admisión de demandas

sumados a las altas expectativas que la población tenía en el nuevo sistema produjeron a poco andar una altísima congestión en los tribunales de familia, a un punto tal que las virtudes y avances que el nuevo sistema establece se han visto, en sus primeros meses de funcionamiento, en gran parte opacadas¹³.

Como consecuencia de ello, se modificó el procedimiento de mediación con la Ley N° 20.268 de 2008 y por lo tanto antes de iniciar un proceso judicial es menester la mediación previa y obligatoria para las causas de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

Artículo 106 Ley 19968.- Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se registrará por las normas de esta ley y su reglamento.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a los casos del artículo 54 de la ley N° 19.947.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este requisito, si acreditaren que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación ante mediadores inscritos en el registro a que se refiere el artículo 112 o si hubieren alcanzado un acuerdo privado sobre estas materias.

Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso siguiente, podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes.

No se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones

establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley.

Nuevos desafíos: Mediación previa y obligatoria para adultos mayores

El acceso a la justicia es indudablemente un derecho humano y dentro de dicho contexto el concepto de acceso a la justicia es lo suficientemente amplio para albergar a los mecanismos alternativos de resolución de controversias.

En este sentido, los mecanismos que sean empleados por los adultos mayores solo serán adecuados para proteger sus derechos cuando estén en sintonía con el respeto de la dignidad, independencia, protagonismo su autonomía.

En efecto, los mecanismos deben entenderse como herramientas que van en beneficio de este colectivo, fortaleciendo su autosuficiencia y su capacidad de decisión, de modo que puedan manifestar su voluntad y llegar a acuerdos sin ser objeto de presiones, amenazas o maltratos de ningún tipo.

Por consiguiente en un Chile cada vez más envejecido parece una alternativa muy adecuada buscar determinadas materias en las cuales la condición de adulto mayor pueda fundar la necesidad de una mediación previa y obligatoria, como por ejemplo en materia de alimentos.

Conclusiones

1. Los mecanismos alternativos deben cautelar la igualdad y no discriminación de la persona mayor, sea por razones de edad, sexo, etnia, credo, religión o cualquier otra circunstancia. Además, dichos mecanismos deben emplearse como instrumentos de promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. Para ello, primeramente estas personas deben ser debidamente informadas de sus derechos por los organismos e instituciones del Estado, como asimismo de las leyes que los garantizan y de las vías disponibles para hacerlos efectivos.

2. Los organismos, instituciones y personas designados para intervenir deben otorgar buen trato y atención preferencial a las personas mayores, para lo cual deberán llevarse a cabo las capacitaciones, adecuaciones estructurales e inversiones que permitan facilitar el acceso y la atención de este colectivo.

3. Se entienda que los mecanismos alternativos constituyen una forma de garantizar la protección judicial efectiva de las personas mayores, quienes requieren una asistencia especializada, un trato digno, un procedimiento que garantice su participación y comprensión y, en lo posible, gratuito.

4. En este contexto parece muy adecuado utilizar la mediación previa y obligatoria, (implementada especialmente, en materia de Derecho de Familia y en un ámbito específico en salud) para buscar soluciones más colaborativas para un grupo etario que está invisibilizado por nuestra sociedad.

Referencias

- Acosta, P. (2007). El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. *Temas de Derecho Público*, (77).
- Aguilar, G. (2010). Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal. Comentario a la sentencia del tribunal constitucional de Chile sobre la inaplicabilidad de los artículos 230, 237, 240 del Código Procesal Penal. *Estudios Constitucionales*, 2, 709-744.
- Aguirrézabal, M. (2013). Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (20), 295-308.
- Araújo-Oñate, R. (2011). Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13, 247-291.
- Arellano, P. (2010). Reflexiones sobre las evoluciones recientes en materia de protección de riesgos sociales a nivel internacional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos*, (17)2, 167-183.
- Arenas, A. (2004). El Sistema de Pensiones en Chile en el Contexto Mundial y de América Latina: Evaluación y Desafíos. *Ponencias del Seminario Internacional Santiago, 22 y 23 de abril de 2004*.
- Barona, S. (2014). Integración de la Mediación en el moderno concepto de Acces to Justice. *InDret*, (4).
- Barona, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 18(1), 185-211.
- Barrera, E, Malagón, J, y Sarasola J. (2007). Mediación Intergeneracional y Personas Mayores. *Portularia: revista de trabajo social*, 8(1-2), 75-83
- Butts, T, Munduate, L, Barón, M y Medina, F. (2009). Intervenciones de mediación. En *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid: Pirámide.

- Cifuentes, H, Arellano, P y Walker, F. (2013). *Seguridad Social. Parte General y Pensiones*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Cobas, M. (2014). Mediación Familiar. Algunas reflexiones sobre el tema. *Revista Boliviana de Derecho*, (17),32-51.
- Dabove, M y Di Tullio, R. (2015). Prestaciones alimentarias en la vejez multigeneracional. *Revista Chilena de Derecho*, 42(1), 7-33.
- Esplugues, C. (2013). El régimen Jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la ley 5/2012, de 6 de julio. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(136), 165-199.
- Figuroa, G. (2008). Algunas consideraciones sobre la muerte y la vejez ante el Derecho Civil” en Guzmán Brito, Alejandro (coord.) Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2007, Santiago, Editorial Legal Publishing.
- Gumucio, J. (2009). Descripción del Sistema chileno de seguridad social desde la perspectiva del convenio núm. 102, de 1952, de OIT. *Revista Latinoamericana de Derecho social*, (8), 131-170.
- Gumucio, J. (2006). Mirada al sistema de pensiones de administración privada chileno al acercarse un cuarto de siglo de aplicación. *Revista Latinoamericana de Derecho social*, (2), 175-199.
- Iglesias, J y Calderón, M. (2011). Acceso a la Justicia y Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión Europea y España), en Arangüena, Coral (coord.), *Cooperación civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*. Granada: Comares.
- López, J. (1996). *Seguridad social y protección social: Temas de Actualidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Mora, T. (2013). Convención Internacional de Derechos de las personas de edad. *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, 5(8), 109-124.

- Mora, M. (2009-2010). ¿Existe protección real a los derechos humanos del adulto mayor? El discurso legal. *Revista Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica*, (126-127), 123-134.
- Munuera, M y Armadans, I. (2012). Mediación familiar como medida de resolución de conflictos en la atención de los mayores en situación de dependencia, en Tiempo de mediación liderazgo y acción para el cambio, VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación. Recuperado de http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/01/10_12_ponencias_foromundial_mediacion_Valencia_3.pdf
- Nogueira, H. (2012). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Núñez, R. (2009). *Negociación, mediación y conciliación. Cómo métodos alternativos de solución de controversias*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Orozco, W. (2002). Argumentos a favor de los medios alternos de solución de conflictos. *Revista CONAMED*, 7(2), 48-49.
- Orrego, J.(2007). *Los alimentos en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Metropolitana.
- Palavecino, A. (2011). Calidad de la mediación familiar lícitada: superando el modelo express. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2(2), 135-154.
- Palomo, R. y Quezada, M. (2012). Planteamiento General y protección frente al desempleo en particular. I Parte. *Revista Laboral Chilena*. (2012), 69.74.
- Palomo, R, Quezada, M. (2012). El sistema de pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, IV parte final. *Revista Laboral Chilena*. (2012), 56-62.
- Paredes, A. (2012). La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile. *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, 3(2), 189-224.

- Ribotta, B, Santillán-Pizarro, M, Paredes, M y Peláez, E. (2014). Adultos mayores y monitoreo de derechos. Alcances y limitaciones de las fuentes de información en Argentina y Uruguay. *Población y Salud en Mesoamérica*, 11(2).
- Riveros, C, (2017) El maltrato estructural a las personas mayores en Chile. Caracterización desde el Derecho Civil en Estudios de Derecho Civil XII, Estudios de Derecho Civil XII. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Riveros, C, Rodríguez, P, Palomo, P, Alvear, S, Fernández, M y Arenas, A. (2017). El maltrato estructural a personas mayores en Chile y la necesidad del índice. *UNIVERSUM*, 32(2), 163-176.
- Ruezga, A. (2006). La seguridad social y sus antecedentes. *Revista Latinoamericana de Derecho social*, (2), 283-340.
- Ruiz, A. et al. (2001). *Violencia doméstica: prevalencia de sospecha de maltrato a ancianos en Atención Primaria*. Recuperado de <http://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-violencia-domestica-prev-alencia-sospecha-maltrato-11000071>
- Tabueña, C. (2006). Los malos tratos y vejez: un enfoque psicosocial en Intervención Psicosocial, 15(3), 275-292.
- Taruffo, M. (1996). La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?’, en P. Ibáñez (Ed). *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta.
- Vodanovic, A. (2005). *Derecho de alimentos*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Jurisprudencia

Chile. Sede Familia: Tribunal de Familia de Santa Cruz, causa Rol C-407-2014 (28.01.2015) V

Notas

¹ Los datos recopilados por la Organización de Naciones Unidas permiten afirmar que el envejecimiento constituye un fenómeno que está o estará presente en todas las regiones principales del mundo. De hecho, en números globales, “*la proporción de personas mayores (de 60 años o edad superior) aumentó del 9 % en 1994 al 12 % en 2014, y se espera que alcance el 21 % en 2050*”. Ver: Naciones Unidas, Departamento de asuntos económicos y sociales. (2014). *La situación demográfica en el mundo, 2014: Informe conciso*.

² Comisión de expertos para mejorar el sistema de pensiones (conocida como Comisión Bravo) p.44.

³ Informe OCDE: En 2065 habrá más personas jubiladas que en edad para trabajar.

⁴ Valor de referencia del dólar al día 27 de enero de 2017. Recuperado de <http://www.valor-dolar.cl/>

⁵ A modo ejemplar: Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Art 6 y 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos.

⁶ Podemos considerar, tal como lo destaca Mora, que esta norma internacional es expresión de lo que se ha venido en llamar el proceso de *especificación* de los derechos dirigidos a ciertos colectivos que requieren de una especial atención y cuidado a raíz de la situación de marginación o inferioridad en la que se encuentran, sea por razones económicas, educacionales, culturales, etarias, etc. (Mora, 2013)

⁷ Lo subrayado es nuestro.

⁸ Recuperado en www.spensiones.cl

⁹ Ver artículo 106 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En esta materia, se ha indicado que entre la mediación y los procesos judiciales

se genera una relación de complementariedad, razón por la que se crean esferas de interacción entre estas técnicas y el instrumento con que se ha dotado a los jueces para cumplir su tarea. (Iglesias y Calderón, 2011, p. 10).

¹⁰ Según los datos disponibles en <http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/costos-de-la-mediacion/>

¹¹ Sobre la protección al adulto mayor, podemos encontrar, entre otros cuerpos normativos: Decreto N° 707 Ley de atención integral para la persona adulta mayor (El Salvador); Ley de los derechos de las personas adultas mayores (México); Ley N° 720 Ley del adulto mayor (Nicaragua); Ley N° 369 Ley general de las personas adultas mayores (Bolivia); Ley integral para la persona adulta mayor N° 7935 (Costa Rica).

¹² Según la historia de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional. recuperado en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf>.

¹³ Según el mensaje Presidencial de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional. recuperado en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf>.