



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Magíster en Derecho de Familia(s), Derecho de la Infancia y de la
Adolescencia.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OIDO EN LA JUSTICIA DE FAMILIA DE CHILE

Tesis bajo el Proyecto Fondecyt N°1190580

Tesis para la obtención del grado académico de
Magíster en Derecho de Familia(s), Derecho de la
Infancia y de la Adolescencia.

Profesora guía: Dra. FABIOLA LATHROP GÓMEZ

Alumno: ALEJANDRO KRAUSZ BITRÁN

Santiago, septiembre de 2021

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTOS	vii
EPÍGRAFE	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I, EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. CUESTIONES GENERALES.	3
1) Origen histórico y jurídico de este derecho.	3
1.1. Origen histórico del derecho del niño a ser oído.	3
1.2. Origen jurídico del derecho del niño a ser oído.	6
2) Concepto del derecho del niño a ser oído, conforme a los criterios del Comité de los Derechos del Niño.	12
2.1. Criterios esbozados por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Generales.	12
2.2. Concepto del derecho del niño a ser oído.	18
3) Características del derecho del niño a ser oído.	19
3.1. Es una prerrogativa.	19
3.2. Deriva de la calidad del niño como sujeto de derechos.	23
3.3. Es una opción de participación.	27

3.4. Puede ejercerse personalmente y/o mediante un representante.	29
3.5. Procede respecto de toda toma de decisión que pueda afectarlo.	33

CAPÍTULO II, EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. SU DIMENSIÓN PROCESAL EN CHILE.

	35
1) Generalidades - Concepto del derecho del niño a ser oído como derecho adjetivo.	35
2) Recepción del derecho del niño a ser oído en el ordenamiento jurídico familiar chileno.	36
3) Recepción jurisprudencial del derecho del niño a ser oído en su dimensión adjetiva. ¿Es un trámite esencial?	38
4) Observancia y tutela del derecho del niño a ser oído en la justicia de familia chilena.	50
4.1. Parámetros para medir su observancia y tutela. Escala de participación.	50
4.2. Observancia y tutela del derecho del niño a ser oído en las causas que se ventilan de conformidad con las normas del procedimiento ordinario.	51
4.2.1. Conflicto entre el interés superior del niño y su derecho a participar activamente del proceso.	54
4.2.2. Conflicto entre el principio de colaboración y el derecho del niño a participar activamente del proceso.	57
5) La audiencia reservada.	60
6) El curador <i>ad litem</i> .	64
7) Observancia y tutela del derecho del niño a ser oído, en las causas que se ventilan de conformidad con las normas de los procedimientos especiales.	71

CAPÍTULO III, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN CHILE. UNA REALIDAD, UNA PERSPECTIVA Y UN DESAFÍO.

77

1)	Concepto y características del derecho a una tutela judicial efectiva.	77
2)	Manifestaciones del derecho a tutela judicial efectiva en Chile.	78
2.1.	En nuestra Constitución Política.	79
2.2.	En el Código Procesal Penal.	82
2.3.	En el Código del Trabajo.	83
2.4.	En la Ley N°19.968.	84
2.5.	En tratados u otros instrumentos internacionales suscritos por Chile.	87
2.5.1.	En la “Declaración Universal de Derechos Humanos”.	87
2.5.2.	En la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”.	88
3)	Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en Chile. Una realidad.	90
3.1.	Aspecto normativo.	92
3.1.1.	Ordenamiento jurídico chileno e instrumentos internacionales suscritos por Chile de orden general.	92
3.1.2.	Instrumentos internacionales suscritos por Chile, específicamente aplicables respecto de los derechos del niño.	93
3.1.2.1.	Convención sobre los derechos del niño.	93
3.1.2.2.	Protocolo Facultativo N°3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.	94
3.1.2.3.	Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad.	97
3.2.	Aspecto institucional.	99
	3.2.1. La Defensoría de la Niñez.	100
	3.2.2. La Subsecretaría de la Niñez.	101
	3.2.3. Programa “Mi Abogado”.	102
4)	Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en Chile. Una perspectiva.	104
5)	Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en Chile. Un desafío.	109

CONCLUSIONES

114

BIBLIOGRAFÍA

117

A mi madre, a quien le debo todo lo que soy y seré.

AGRADECIMIENTOS

Ha sido un gran orgullo para mi participar de este Magíster y una grata tarea trabajar en esta investigación. Tuve la suerte de aprender de un gran equipo de profesores y de mis propios compañeros. Cada uno de ellos es responsable en parte de haber logrado concluir el presente trabajo. Vaya mi eterna gratitud para todos ellos.

Del mismo modo quiero agradecer a todos los colegas, magistrados y profesores de otras instituciones que desinteresadamente estuvieron dispuestos a apoyarme de distintas maneras para llegar a buen puerto.

A mi familia, por cierto, por su aliento y comprensión constante ante este proyecto de perfeccionamiento profesional.

Finalmente, de un modo muy especial y afectuoso a mi profesora guía, la Dra. Fabiola Lathrop Gómez, quien con esmero, diligencia y meticulosidad corrigió cada uno de los borradores que le envié, sugiriéndome siempre los mejores caminos para hacer de este un mejor trabajo.

«Era el mejor de los tiempos, era el peor de los tiempos, la edad de la sabiduría, y también de la locura; la época de las creencias y de la incredulidad; la era de la luz y de las tinieblas; la primavera de la esperanza y el invierno de la desesperación. Todo lo poseíamos, pero no teníamos nada; caminábamos en derechura al cielo y nos extraviábamos por el camino opuesto. En una palabra, aquella época era tan parecida a la actual, que nuestras más notables autoridades insisten en que, tanto en lo que se refiere al bien como al mal, sólo es aceptable la comparación en grado superlativo»

- Charles Dickens -

INTRODUCCIÓN.

El 22 de enero de 2018 fue promulgado como ley de la república el proyecto que crea la figura del Defensor de la Niñez. La presidenta Bachelet en su discurso¹ señaló que “...Se trata de un organismo que tiene en sus manos velar porque la calidad de sujetos de derechos que declaramos para los niños sea una realidad y no una mera declaración. O sea, hechos y no palabras.”

Agregó que “...Es evidente que tenemos una institucionalidad atrasada y vetusta: entidades públicas y enfoques normativos propios de otra época, cuando las ideas de niñez con derechos o de autonomía progresiva eran inexistentes.”

El mundo vive una época de profundos cambios y Chile no es la excepción. Propio de estos momentos convulsos es la coexistencia de ideas, instituciones y nociones que se resisten a desaparecer del todo con otras nuevas que no terminan de germinar aún.

Hace poco más de un cuarto de siglo, al recuperar la democracia y situar como un pilar de nuestro ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, incorporamos a nuestra realidad la Convención Sobre los Derechos del Niño.

¹ BACHELET JERIA, Michelle. “Discurso de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, al promulgar la Ley que crea la Defensoría de la Niñez, entidad autónoma que protegerá y promoverá los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, 2018, pp. 5. [En línea] <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica/5/e/8/5e8a401de3807d3e172bb71b2fea6718be02a6f98544850ca69f9b09dfdc9408/P_R_DPP_PRE_DIS_1972.pdf > [consulta: 4 de julio de 2018]

Las palabras de la presidenta – a mi entender - resumen de buen modo como la preocupación por los derechos de los niños ha ido progresivamente en aumento en nuestro país desde la adopción de la referida Convención.

El objetivo del presente trabajo estará enfocado en uno de esos derechos: El derecho del niño a ser oído y más específicamente en determinar cómo se tutela por parte de la judicatura.

Para ello, indagaremos acerca de los orígenes históricos y jurídicos de este derecho, intentando elaborar desde la dogmática jurídica un concepto del mismo, determinando sus características y naturaleza particular.

Veremos de qué manera ha sido incorporado a través de múltiples instrumentos en nuestro ordenamiento jurídico, de qué formas se materializa y analizaremos fallos relevantes de nuestros tribunales superiores de justicia relacionados con este derecho.

Finalmente, se enfocará la investigación en determinar en qué medida se otorgan herramientas para su tutela judicial efectiva en los distintos procedimientos en que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes y muy particularmente analizar si las referidas tutelas cumplen eficazmente su función, si se encuentran adecuadas a los estándares internacionales (principalmente a la luz de la Convención sobre los derechos del niño) y sí es posible introducir mejoras en ellas para que, parafraseando lo señalado por la presidenta en el citado discurso, el derecho del niño a ser oído sea una realidad y no una mera declaración. Un hecho y no palabras.

CAPÍTULO I, EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. CUESTIONES GENERALES.

1) Origen histórico y jurídico de este derecho.

1.1. Origen histórico del derecho del niño a ser oído

“Infancia”, “niñez” o “adolescencia”, son conceptos que en estos días cuentan con entidad propia y son perfectamente diferenciables del de “adulthood”. De ello se sigue naturalmente que las características, derechos y obligaciones que se reconocen a cada una de estas etapas del desarrollo humano (incluyamos también a la “Vejez”) pueden ser discernibles también. Empero esto no siempre fue así. En términos históricos el interés en esta diferenciación etaria, a propósito de los derechos atribuibles a cada una de ellas, es un hecho más bien reciente, casi tan reciente como la idea misma de los derechos fundamentales.

De acuerdo con Trujillo², no obstante haber adquirido el concepto de infancia una valoración social hace solo un par de siglos, se pueden encontrar referencias históricas a ella tanto en los Vedas como en el código de Hammurabi y en papiros egipcios que contenían normas relativas principalmente al cuidado e higiene de los niños y la situación de los huérfanos. La situación en Roma, dada las amplias facultades que concedía la *patria potestas*, ha llevado a varios autores -incluyendo el ya citado- a sostener que no existía una preocupación importante por los derechos de los niños.

El tema no tendría demasiada relevancia en los siglos venideros hasta bien entrados en el siglo XVII de la mano principalmente de John Locke y de Jean Jacques Rousseau (Hobbes, el otro contractualista, tenía una visión patriarcal que invisibilizaba

² TRUJILLO ARMAS, Raúl. “Derechos del niño: evolución y perspectivas desde la pediatría social” Canarias Pediátrica, ISSN 1131-6128, Vol. 24, N°3, 2000, págs. 139-140.

la figura y el rol del niño³). El primero, en su tratado de 1693 denominado “Algunos pensamientos sobre la educación” según Archard⁴, escribe acerca de los niños describiéndolos como “Recipientes de una crianza ideal, ciudadanos en potencia, vacilantes razonadores imperfectos y páginas en blanco a ser llenadas con la experiencia”. Locke reconoce en los niños la existencia de necesidades e intereses propios. En consecuencia, debía razonarse con ellos y no imponer coercitivamente su conformidad con las reglas del comportamiento requerido. La educación tenía entonces como finalidad generar seres virtuosos, entendiendo por ello entes independientes y capaces de someter su comportamiento y gobernarlo de acuerdo con la razón.

He aquí, entonces, una primera aproximación a la idea de que los niños debían ser considerados como seres con intereses independientes con los que había que “razonar” lo que implica un diálogo del mundo adulto con el infantil, diálogo que obliga en consecuencia a “oírlos”.

Rousseau en tanto, en su obra de 1762 “Emilio, o de la educación”, toma la posta de Locke en cuanto a su preocupación por la educación de los niños, haciendo hincapié en las distintas etapas del desarrollo y los esfuerzos educativos que debían desplegarse en cada una de ellas. Era escéptico respecto de quienes llevaban a cabo las labores de crianza (el mismo se consideraba no apto para estos menesteres) y pesimista en el sentido que estimaba que todo ser, desde que se escindía del creador, no habría más que degenerar. Mientras Locke enfocó sus “consejos” en la crianza de una persona propia de la élite, los de Rousseau iban más bien dirigidas al público en general. Con todo, es su obra más descriptiva del fenómeno de la infancia y la adolescencia que prescriptiva acerca de su trato. Por ello, como tratado sociológico sigue siendo estudiada manteniendo su vigencia.

³ ALLEN CHAPMAN, Richard. “*Leviathan writ small: Thomas Hobbes on the family*”, *The American Political Science Review*, Vol. 69, N° 1, 1975, págs. 76-90.

⁴ ARCHARD, David. “*Children: rights and childhood*”, Psychology Press, 2004, págs. 2-3.

Las ideas de la ilustración, encarnadas entre otros por los dos autores citados precedentemente, habrían de germinar en el siglo siguiente, a partir de dos eventos fundamentales; la revolución francesa y la revolución industrial.

La primera, en lo que nos concierne, por tener como producto la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. Si bien en la misma, no existe un apartado respecto de los derechos del niño, no cabe duda de que dicho instrumento fue el primer paso hacia la universalización de los derechos humanos y fundamentales los que, con el tiempo, pasarían de esta vasta generalidad a la especificidad, hablándose más tarde de los derechos de las mujeres o de los niños -entre otros-.

La revolución en sí trajo también algunos guiños específicos a la infancia y adolescencia, celebrándolas en algunas festividades del calendario republicano utilizado entre 1792 y 1806 (con posterioridad a dichos años, también en breves períodos históricos como la restauración monárquica y la “Comuna” de París). Sin embargo, esto se debió principalmente a que, siendo un calendario absolutamente laico, se debió remplazar todas las festividades y conmemoraciones religiosas por otras de carácter civil, no adquiriendo estas últimas una raigambre popular demasiado atildada.

La revolución industrial, en tanto, trajo consigo muchos avances a la vez que generó nuevos problemas. Entre ellos, la precaria situación de los niños incluidos a temprana edad al mundo del trabajo (y, en consecuencia, prematuramente al mundo de los adultos) incluso en labores poco adecuadas a su desarrollo físico o psicológico, denunciadas profusamente en la literatura de Charles Dickens, Víctor Hugo (inolvidable es su personaje Gavroche en “Los Miserables”) o Mark Twain que tuvieron por protagonistas (y por ende como centro de atención) a los niños en varias de sus obras.

Es también en este siglo (el XIX) que se escinde de la medicina general una nueva rama que se ocuparía exclusivamente de los niños: La pediatría⁵.

⁵ TRUJILLO ARMAS, Raúl. *Op. Cit.* pág. 141.

1.2. Origen jurídico del derecho del niño a ser oído

El siglo XX nos obligaría finalmente a tomarnos los derechos fundamentales en serio y sería en materia de derechos, parafraseando a Ellen Key⁶, “El siglo del niño”. Ello producto principalmente de las dos conflagraciones mundiales.

La primera de ellas generó una profunda conmoción en la sociedad europea creándose en 1921 en Bruselas el primer organismo internacional dedicado a los derechos de la infancia, la “*Union Internationale de Protection à l'Enfance*” (Institución que permanecería en funcionamiento hasta 1946). Sin embargo, no fue la primera institución creada con esos fines.

En 1919 Eglantyne Jebb⁷ quien había experimentado los horrores de la guerra en primera persona, había creado la “*Save the Children Fund*”. Pero Jebb iría más lejos. Según nos cuenta Suárez Sandomingo⁸, no contenta con los alcances de la institución que había creado, buscó la ayuda de Gustave Ader -en ese entonces presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja- para la creación de una asociación que estimulase la solidaridad internacional a favor de la infancia. Así nace la “*Union Internationale de Secours aux Enfants*”, integrada desde el inicio por la señora Jebb y su institución, trazándose como primer objetivo el generar un documento que fijara los parámetros mínimos en que basarían su actividad.

El instrumento en donde fijaron estas directrices mínimas (solo cinco), vería la luz en 1922.

⁶ Afamada escritora sueca, especialista en temas de educación. Un completo perfil de la autora y su obra, en LENGBORN, Thorbjörn. “Ellen Key: (1849-1926)”, UNESCO: Oficina Internacional de Educación, Perspectivas: revista trimestral de educación comparada, vol. XXIII, n° 3-4, 1993, págs. 873-886.

⁷ BOFILL, April y COTS, Jordi. “La Declaración de Ginebra: pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia”, *Comissió de la Infància de Justícia i Pau*, Barcelona, España, 1999, pp. 15.

⁸ SUÁREZ SANDOMINGO, José Manuel. “*Historia dos dereitos de infancia*”, Xunta de Galicia, España, pp. 210, Versión traducida [en línea] <<http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf>> [consulta: 4 de julio de 2018], pág. 21 de esta versión.

Fue tomando como base este trabajo que la, entonces, “Sociedad de Las Naciones”⁹ elaboró la “Declaración de los Derechos del Niño”¹⁰ conocida también como la “Declaración de Ginebra” en 1924 que contaría también con cinco breves artículos, que mayormente se refieren a niños en situación de extrema vulnerabilidad (los hambrientos, los huérfanos, los enfermos, etc.) y como deben protegerse sus derechos. Si bien, modesta, tendría vital importancia en la redacción de tratados posteriores y permanecería como el único vigente hasta el fin de la segunda guerra mundial. Terminada esta, poco después del nacimiento de la ONU, en diciembre de 1946 nace la UNICEF¹¹ y dos años más tarde se redactaría la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

Pasaría un poco más de un decenio hasta que en 1959 germinara la “Declaración de los Derechos del Niño”¹², instrumento mucho más a tono con la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” y bastante más comprehensivo que la “Declaración de Ginebra”.

Con todo, lo más novedoso de ella es la aparición -por primera vez- del concepto del “interés superior del niño” en su principio segundo¹³. El referido instrumento, si bien sirvió para que se mantuviera una mejor actitud respecto de los derechos de la infancia, su falta de precisión dificultó su incorporación en la práctica legal de los países.

⁹ Organización internacional, precursora de la Organización de Naciones Unidas (ONU), su sucesora a partir de 1945.

¹⁰ SOCIEDAD DE LAS NACIONES, “Declaración de los Derechos del Niño”, 1924, [en línea] <<http://ojd.org.do/Normativas/ Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>> [consulta: 4 de julio de 2018].

¹¹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

¹² ONU. “Declaración de los Derechos del Niño”, 1959, [en línea] <<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20REPÚBLICA%20Dominicana.pdf>> [consulta: 4 de julio de 2018].

¹³ “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Es así como en 1978, un año antes de que se celebrara el “Año internacional del niño”, una delegación polaca presidida por Adam Lopatka¹⁴ le presentó a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU un proyecto de Convención Sobre los Derechos del Niño. Dicha organización decidió formar una comisión que, partiendo de dicha propuesta, redactara un texto definitivo de la convención.

Dicho trabajo, iniciado en 1979, concluyó diez años después con el texto definitivo de la misma que sería aprobado por los 159 Estados partes de la ONU el 20 de noviembre de 1989, siendo posteriormente ratificada por la mayoría de los Estados que conforman dicha organización, siendo en la actualidad el tratado que cuenta con más adhesiones en el mundo: 196 estados al 2015 (con la adhesión de Somalia¹⁵).

De la convención se referiría Lopatka en los siguientes términos: “Será el primer tratado internacional, universal y multilateral que de una manera general establece los derechos internacionalmente reconocidos del niño como un ser humano. Abarca estos derechos y es apropiado para las características y necesidades del niño. La convención vinculará a los países que la ratifiquen”¹⁶.

Desde la adopción de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se produce un cambio particular: además de los derechos fundamentales que se les reconocía en cuanto personas, existe también ahora un catálogo de derechos que entran a su acervo en su calidad de niños. Existe, por cierto, junto con el cambio de terminología (ya no se habla de “menores”, sino de niños) una transición de lo que se conoce como la “Doctrina de la situación irregular” a la “Doctrina de la protección integral de los derechos del niño”; Del “menor” como objeto de derechos, sujeto a potestades siempre

¹⁴ Expresidente del Tribunal Supremo de Polonia. También ejerció importantes cargos el poder ejecutivo y legislativo de dicho país.

¹⁵ Dato extraído de la página web denominada “Noticias ONU”, [en línea] <<https://news.un.org/es/story/2015/10/1341401>> [consulta: 4 de julio de 2018].

¹⁶ Cita textual, extraída de una entrevista concedida al diario “El País” de España el 12 de agosto de 1989, [en línea] <https://elpais.com/diario/1989/08/12/sociedad/618876002_850215.html> [consulta: 4 de julio de 2018].

al margen de sus propios deseos o sentires, al “niño” como sujeto de derechos individuales, a los cuales además se les otorga algún grado de primacía.

Es en este contexto entonces que el derecho del niño a ser oído encuentra su consagración, particularmente en el artículo 12 del referido instrumento. Sin embargo, la forma de recoger, consagrar y fijar la extensión de este derecho fue materia de múltiples discusiones y su redacción actual dista bastante de la que originalmente se había propuesto.

En efecto, de acuerdo con la Dra. Parkes¹⁷ la forma original del referido artículo se encontraba en el borrador de la Convención, sometido a revisión por Polonia en el año 1980 en la trigésimo sexta sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. El artículo séptimo de dicho borrador (que pasaría posteriormente a ser el que actualmente conocemos como el duodécimo), contaba con una redacción que podría traducirse de modo siguiente¹⁸: “Los estados partes de la presente Convención, deberán permitir al niño que es capaz de formarse sus propios puntos de vista, el derecho a expresar su opinión en materias concernientes a su persona y particularmente respecto al matrimonio, elección de ocupación, tratamientos médicos, educación y recreación”.

Note el lector como en su redacción primigenia, no obstante la amplitud que sugiere la expresión “en materias concernientes a su persona”, parece querer circunscribir dichas materias a las cuestiones específicas que allí se mencionan. De otra parte, no le atribuye efecto alguno a la opinión del niño una vez expresada.

¹⁷ PARKES, Aisling. “*Children and International Human Rights Law*”, Routledge, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, 2013, pp. 28-31.

¹⁸ En inglés, “*The state parties to the present Convention shall enable the child who is capable of forming his own views the right to express his opinion in matters concerning his own person, and in particular, marriage, choice of occupation, medical treatment, education and recreation*” en PARKES, Aisling. 2013, *Op. Cit.* p. 28.

Quizás por ello la representación australiana propuso que la redacción fuera del modo siguiente¹⁹: “Los Estados Partes de la presente Convención asegurarán al niño el derecho a expresar su opinión en materias concernientes a su persona y particularmente respecto al matrimonio, elección de ocupación, tratamientos médicos, educación y recreación. En todas estas materias se deberá dar a los deseos del niño el debido peso de acuerdo con su edad y madurez”.

Aquí se aprecian ciertas diferencias notables. En primer lugar, la expresión “asegurarán” implica una obligación mayor para los Estados Partes que la original “deberán permitir”. En segundo lugar, elimina como requisito de procedencia escuchar solo al niño “que es capaz de formarse sus propios puntos de vista” universalizando de este modo este derecho y finalmente dota de algún grado de consecuencia a los deseos del niño una vez expresados, obligando a los estados parte darles “el debido peso de acuerdo con su edad y madurez”.

La delegación danesa, en tanto, sugirió agregar un párrafo que contenía por primera vez el concepto de autonomía progresiva²⁰: “Los padres u otros guardianes tienen el derecho y el deber de tomar decisiones concernientes a la persona del niño. Pero el niño debe, tan pronto le sea posible, tener influencia en tales asuntos. A medida que crece, los padres o guardianes deben darle más y más responsabilidad en sus asuntos personales con el objetivo de preparar al niño para su vida como adulto”.

¹⁹ En inglés, “*The states parties to the present Convention shall assure to the child the right to express his opinion in matters concerning his own person, and in particular marriage, choice of occupation, medical treatment, education and recreation. In all such matters the wishes of the child shall be given due weight in accordance with his age and maturity.*” en PARKES, Aisling. 2013, *Op. Cit.*, p. 28.

²⁰ En inglés, “*Parents or other guardians have the right and duty to decide in matters concerning the person of the child. But the child shall as soon as possible, have an influence in such matters. As the child gets older, the parents or the guardian should give him more and more responsibility for personal matters with the aim of preparing the child for the life of a grown-up.*” en PARKES, Aisling. 2013, *Op. Cit.*, p. 29.

Nótese también aquí que la redacción danesa incluye una mención al niño como “persona”, acercándose a mi juicio a una noción más certera del mismo como sujeto de derechos y no objeto de los mismos.

Los Estados Unidos de Norteamérica propusieron una redacción más parecida a la polaca, aunque aumentando el listado de materias en que los niños debían ser escuchados²¹: “Los estados partes de la presente Convención, deberán permitir al niño que es capaz de formarse sus propios puntos de vista, el derecho a expresar su opinión efectivamente en materias concernientes a su persona y particularmente respecto a religión, creencias políticas y sociales, materias de conciencia, asuntos culturales o artísticos, matrimonio, elección de ocupación, tratamientos médicos, educación, viajes, lugar de residencia y recreación”.

Este intento de que la redacción comprendiera un mayor número de materias fue reemplazado (a sugerencia del mismo país) en la redacción del grupo de trabajo por la expresión omnicomprendensiva “todas las materias” sentando así las bases de lo que sería la redacción definitiva del párrafo primero del artículo 12 de la Convención.

Faltaba empero la discusión de lo que a la sazón se convertiría en el segundo párrafo de la norma, a no dudarlo, el de mayor relevancia para los efectos de la presente investigación. Fue la delegación finesa la que propuso incorporar lo siguiente²²: “Con este propósito deberá darse en particular al niño la oportunidad de ser oído en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, sea personalmente o a través de un representante o un órgano apropiado, en concordancia con las normas procesales de cada país”.

²¹ En inglés, “*The states parties to the present Convention shall enable the child who is capable of forming his own views the right to express his opinion effectively and non-violently in matters concerning his own person, and in particular, religion, political and social beliefs, matters of conscience, cultural and artistic matters, marriage, choice of occupation, medical treatment, education, travel, place of residence, and recreation.*” en PARKES, Aisling. 2013, *Op. Cit.*, p. 29.

²² En inglés, “*For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, through a representative or an appropriate body, in accordance with the procedural rules of national law.*” en PARKES, Aisling. 2013, *Op. Cit.*, p. 29.

De la referida redacción, surgieron preocupaciones respecto a la expresión “en concordancia con las normas procesales de cada país” (Holanda pidió que se aclarara el alcance de esta expresión) y con la voz “que los afecte” (Japón pidió precisar que no se tratase de cualquier afectación, sino que la afectación de un derecho).

Finalmente, superadas las distintas reservas formuladas por las delegaciones, el grupo de trabajo dio con la redacción final del artículo 12 en su forma actual, que es la siguiente²³:

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

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

Dicha norma, no obstante, ha sido materia de interpretación por parte del Comité de los Derechos del Niño, se ha mantenido inalterada hasta la fecha y aceptada sin reservas por todos los países signatarios quienes, como veremos, le han dado distintas y originales formas de aplicación.

2) Concepto del derecho del niño a ser oído, conforme a los criterios del Comité de los Derechos del Niño.

2.1. Criterios esbozados por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Generales.

²³ ONU. “Convención Sobre los Derechos del Niño”, 1989, p. 13. [en línea] <<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>> [consulta: 12 de enero de 2019].

A diferencia de lo que ocurre con el concepto de “interés superior del niño”, definido brillante y escuetamente por Cillero²⁴, (al punto de ser citado profusamente en la doctrina extranjera y -casi con exclusividad- en la nacional, así como en los fallos de nuestros tribunales de justicia) no ocurre lo mismo con el del “derecho del niño a ser oído”.

Quizás se deba esto a la creencia de que dicha expresión o el ya citado artículo 12 de la Convención serían autoexplicativos (lo mismo se estimaba en un momento respecto del interés superior del niño). Sin embargo, la práctica ha demostrado que esto no ha sido así, como quiera que al momento de su interpretación y aplicación se producen serias divergencias que desde la dogmática jurídica podrían solucionarse mediante la unificación de ciertos criterios básicos a ser recogidos desde el ejercicio de la conceptualización.

No es menor determinar si estamos frente a un principio, una norma sustantiva o adjetiva o ambas. Tampoco es baladí delinear los contornos en que debe aplicarse ni determinar el momento idóneo para hacerlo. Finalmente, estimo de suyo importante determinar cuándo y por qué (en la afirmativa) resulta de alguna manera u otra vinculante.

Como se podrá ver, distintos autores han intentado desarrollar, de una u otra manera, una o varias de estas interrogantes pero sin dar con un concepto único, global y omnicomprensivo del problema. Empero, la gran fuente a utilizar si se quiere llegar a puerto en esta tarea es, por antonomasia, las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, como quiera que la interpretación que dicha institución hace de las distintas normas y principios contenidos en la Convención, tienen el carácter de vinculantes para los Estados adherentes de la misma.

A la fecha, dicho comité ha emitido veinticuatro observaciones generales. No obstante la existencia de una de ellas dedicada exclusivamente al tema que nos aboca

²⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño, OEA, 1997, pág. 6.

(la N°12), es posible encontrar en cada una de las otras al menos una breve mención, cuando no párrafos íntegros, destinados al derecho del niño a ser oído.

Así, podemos citar el párrafo 12 de la Observación General N°1²⁵ que, si bien no alude directamente al derecho del niño a ser oído, advierte que “El objetivo general de la educación es potenciar al máximo la capacidad del niño para participar de manera plena y responsable en una sociedad libre y sus posibilidades de hacerlo.”

En la Observación General N°2²⁶ se habla de la preocupación especial que deben tener las ONG dedicadas a los derechos humanos en facilitar el acceso de los niños en la participación de las decisiones políticas (párrafo 5), en el ejercicio de sus derechos en el sistema judicial (párrafos 13 y 14) y en promover su participación y consulta permanente en distintos ámbitos (párrafo 16). Finalmente, en el párrafo 19 denominado “Actividades recomendadas”, al menos las signadas con las letras j), p) y r) dicen directa relación con este derecho.

Un párrafo completo se le dedica en la Observación General N°3²⁷ (el párrafo 12).

En la N°4²⁸, se le refiere tangencialmente en su párrafo segundo y le dedica otro íntegramente (el párrafo 8).

En la Observación N°5²⁹, parcialmente el párrafo 12 y brevemente el 24 se abocan al particular.

²⁵ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°1: Propósitos de la educación”, 2001, CRC/GC/2001/1, pp. 8.

²⁶ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°2: El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, 2002, CRC/GC/2002/2, pp. 8.

²⁷ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°3: El VIH/SIDA y los derechos del niño”, 2003, CRC/GC/2003/3, pp. 14.

²⁸ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención Sobre los Derechos del Niño”, 2003, CRC/GC/2003/4, pp. 13.

²⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°5: Medidas generales de aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño”, 2003, CRC/GC/2003/5, pp. 20.

La Observación General N°6³⁰, aborda el tema en un párrafo dedicado específicamente: el 25.

En una de suma importancia para nuestra labor, como se verá, la N°7³¹, en la letra c) del párrafo 2, el párrafo 3 y muy especialmente el 14 tratan del tema.

En la N°8³², el párrafo a destacar es el 44 (bastante peculiar, pues se refiere a tener en cuenta la opinión de los niños en los castigos que han de aplicársele).

En la observación General N°9³³ también se le dedica un párrafo completo: el 32.

En el año 2007 el Comité redacta la Observación General N°10³⁴ relativa a los derechos del niño en la justicia, probablemente la segunda en importancia para este trabajo. Es menester prestarles suma atención a los párrafos 12, 43, 44, 45, 49 y 58 de esta.

Tampoco se olvida el derecho del niño a ser oído en la Observación General N°11³⁵ relativa a los niños indígenas y sus derechos, dedicándole el Comité en exclusiva el párrafo 37.

³⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. "Observación general N°6: Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", 2005, CRC/GC/2005/6, pp. 24.

³¹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. "Observación general N°7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia", 2005, CRC/C/GC/7, pp. 22.

³² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. "Observación general N°8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)", 2006, CRC/C/GC/8, pp. 13.

³³ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. "Observación general N°9: Los derechos de los niños con discapacidad", 2007, CRC/C/GC/9, pp. 23.

³⁴ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. "Observación general N°10: Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes", 2007, CRC/C/GC/10, pp. 26.

³⁵ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. "Observación general N°11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención Sobre los Derechos del Niño", 2009, CRC/C/GC/11, pp. 17.

Otro tanto ocurre en la Observación General N°13³⁶ que en varios pasajes se refiere a este derecho. No obstante dedicarle un párrafo completo (el 63), también se alude a este de manera significativa en la letra e) del párrafo 3 y en la letra b) del párrafo 54.

Resulta imposible no detenernos más en extenso al referirnos a la Observación General N°14³⁷ acerca del “interés superior del niño”. Ello básicamente porque si la Convención Sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, la expresión “primordial” parecería sugerir un orden de prelación de derechos en que el “interés superior del niño” se encontraría por sobre los demás, incluyendo por cierto el derecho del niño a ser oído. Si lo anterior es cierto, podríamos estar frente a lo que Norberto Bobbio denominó como una “antinomia”. Siguiendo a un estudioso de Bobbio como Guastini³⁸, nos encontramos frente a este fenómeno cuando un mismo comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al mismo sistema o cuando para un mismo supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas pertenecientes al mismo sistema.

También nos advierte que los criterios de solución frente a las antinomias son tres: la norma especial prima por sobre la general; la norma posterior (cronológicamente hablando) prevalece por sobre la anterior y la norma superior triunfa por sobre la inferior.

Pues bien, de existir una antinomia entre la norma que regula el interés superior del niño y la que determina el derecho del niño a ser oído, sería de aquellas que Guastini encuadraba en su segunda hipótesis, esto es, que frente a un mismo

³⁶ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 2011, CRC/C/GC/13, pp. 29.

³⁷ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013, CRC/C/GC/14, pp. 20.

³⁸ Cfr. GUASTINI, Riccardo. “Antinomias y lagunas”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, vol. 29, 1999, pp. 437-438.

supuesto de hecho sea total o parcialmente incompatible aplicar ambas normas conjuntamente, de suerte que una excluya a la otra o la vuelva parcialmente inaplicable.

De ahí la importancia de esta Observación General, porque a priori de los criterios de solución, no podríamos valernos del cronológico pues ambas normas fueron consagradas en el mismo texto normativo (la Convención) y de una primera lectura, podría entenderse que el “interés superior del niño” es jerárquicamente superior al “derecho del niño a ser oído”, pero este último parecería ser más específico que el primero, pudiendo llegar entonces a dos soluciones distintas frente a su conflicto. La coexistencia pacífica o la obliteración de un principio en manos del otro en el campo de las ciencias jurídicas o incluso de la filosofía tiene (y ha tenido) una serie de importancias teóricas y prácticas que serán abordadas en otra parte de este trabajo.

Por ahora, solo señalaremos que en la Observación General N°14 existen elementos que sirven de manera suficiente (aunque no absoluta) para elucidar estos conflictos reales o aparentes y que, al igual que en sus predecesoras, el derecho del niño a ser oído es abordado en distintos pasajes de esta, quizás de manera más abundante y nítida que en todas ellas, como en los párrafos 43, 44, 45, 53, 54, 83, 89, 90, 96 y 97.

En la Observación General N°15³⁹, se le dedica un número no despreciable a la voz de los niños. Los párrafos del 19 al 22 se ocupan latamente sobre el particular.

En la N°16⁴⁰, se toca el tema en la letra b) del párrafo 4 y en extenso, en los párrafos 21, 22 y 23.

³⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°15: Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)”, 2013, CRC/C/GC/15, pp. 25.

⁴⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°16: Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño”, 2013, CRC/C/GC/16, pp. 23.

En la Observación General N°17⁴¹ se le trata expresamente en el párrafo 19 y tangencialmente en las letras d) y g) del párrafo 14.

En las 7 Observaciones Generales restantes, el Comité le dedica a este derecho, al menos un párrafo o más, los que no son citados para no extendernos excesivamente sobre este punto pero, en general, refuerzan las ideas y directrices ya expuestas en las Observaciones Generales citadas precedentemente.

2.2. Concepto del derecho del niño a ser oído.

En síntesis, el derecho de los niños a ser escuchados no solo ha sido interpretado en la Observación General N°12⁴², sino que se trata de un tema omnipresente en las otras veintitrés, dando cuenta que la voz de los niños se manifiesta con mayor o menor latitud en todos los temas relativos a la infancia y que, de la lectura de todos estos instrumentos (sumados a la historia fidedigna de la redacción de la norma estudiada en el número anterior del presente capítulo) podríamos encontrar suficientes piezas (quizás todas) para armar el puzle conceptual que nos hemos propuesto como tarea y la pieza clave de este puzle es una sola palabra que se repite constantemente en todos estos instrumentos cuando tratan acerca de este derecho, palabra que curiosamente no aparece ninguna sola vez mencionada en el artículo 12 de la Convención y sin embargo se lee entre líneas en el mismo. Esa palabra es: participación.

Así las cosas, se podría definir el derecho del niño a ser oído como la prerrogativa de este último, en cuanto sujeto de derechos, de participar personal o debidamente representado de toda toma de decisión que ha de afectarlo directa o indirectamente, en todo ámbito de su vida.

⁴¹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°17: Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31)”, 2013, CRC/C/GC/17, pp. 23.

⁴² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Observación general N°12: “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009, CRC/GC/12, pp. 33.

Del concepto esbozado precedentemente, se pueden inferir las características que tendría el referido derecho.

3) Características del derecho del niño a ser oído.

3.1. Es una prerrogativa.

Determinar si estamos frente a un principio, o a un derecho es una cuestión relevante. Si estamos frente a un derecho sustantivo o adjetivo, aún más y en este último caso, referirse a la disponibilidad de este presunto derecho, vital. Dicho de otro modo, la naturaleza jurídica de la institución en comento ha de ser determinante para precisar su sentido y alcance.

La tesis central del libro “Teoría de los derechos fundamentales” escrito originalmente en 1985 por el autor alemán Robert Alexy⁴³ y reiterada por el mismo autor en un artículo publicado en el año 2002⁴⁴, es que los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y que estos últimos son mandatos de optimización.

No obstante contar con muchos críticos a nivel internacional como Habermas⁴⁵ y en Chile autores tan connotados como Fernando Atria, Emilio Pfeffer, José Luís Cea y Jaime Guzmán⁴⁶ -por nombrar solo a algunos-, lo cierto es que se trata de una teoría absolutamente vigente y predominante entre los autores que se dedican a este tema.

⁴³ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, Siglo del Hombre, España, 2007, pp. 602.

⁴⁴ ALEXY, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Revista española de derecho constitucional, Vol.22, España, 2002, pp. 13-64.

⁴⁵ En distintas obras citadas por el propio autor. ALEXY, Robert, 2002, *Op. Cit.*, p. 14.

⁴⁶ Un completo análisis de las posturas de los principales autores nacionales que se han referido a la referida teoría de Alexy, en CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. “Teoría de los

Las principales críticas apuntan a que los derechos fundamentales, - considerados como principios o mandatos de optimización-, carecerían de la fuerza necesaria para su correcta y debida aplicación a diferencia de la regulación normativa tradicional. siguiendo a Prieto⁴⁷ (interpretando a Dworkin) “las normas [ante un caso concreto] son siempre aplicables al modo de ‘todo o nada’, los principios pueden orientar una interpretación normativa dudosa, pero nunca pueden por sí solos ofrecer la solución al caso.”

Pues bien, siguiendo entonces la teoría de Alexy, el derecho del niño a ser oído, como quiera que se trata de un derecho fundamental, tiene por naturaleza la de un principio y consecuentemente la de un mandato de optimización y no una regla equivalente a un mandato de determinación. Esta postura que ha sido denominada por García⁴⁸ como un no-positivismo principalista, parece ser recogida al menos en parte por el Comité de Derechos del Niño en su observación general N°12 cuando se refiere a este como “[] uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.”⁴⁹

Nótese que cuando se señala que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos, el Comité nos está queriendo decir dos cosas al utilizar las voces “también” y “todos los demás derechos”: que el derecho del niño a ser oído es -aunque suene de perogrullo- en primer lugar, un derecho, pero que además es un principio entendido, como lo hace Alexy, como un mandato de optimización.

principios y derechos fundamentales en Chile”, Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. Año III, 2007, pp.103-127.

⁴⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, Revista de Ciencias Sociales, No. 38 (Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje), Universidad de Valparaíso, 1993, Pág. 33.

⁴⁸ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1998, pp. 444.

⁴⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2009, CRC/C/GC/12, párr. 2.

En cuanto derecho subjetivo (dando por establecido a estas alturas que sí lo es), cabría dilucidar si este tiene una dimensión sustantiva o meramente procesal y en cualquiera de estos casos (o en ambos) si se trata o no de un derecho disponible o renunciable por su titular.

A juicio de quien suscribe, la respuesta a la primera pregunta se encuentra claramente contestada en el artículo 12 de la Convención que se divide en 2 partes. La primera de ellas⁵⁰, claramente se refiere al derecho del niño a ser oído como un derecho subjetivo de carácter sustantivo y exigible por su titular en todos los asuntos que lo afecten, mientras que en la segunda⁵¹ se hace hincapié en la dimensión procesal del mismo, sea ante organismos jurisdiccionales como administrativos quienes, como contraparte, resultan ser sujetos obligados a velar que se cumpla con este derecho. Esta dualidad es compartida por autores como la Dra. Aisling Parkes.⁵²

Resuelto esto, solo resta para terminar de pintar el panorama de la naturaleza jurídica de este derecho, determinar si este es renunciable o no por su titular. Al respecto, siguiendo el tenor literal del párrafo 16 de la observación general N°12⁵³ es a juicio de este autor evidentemente renunciable, desde un punto de vista sustantivo e incluso procesal, por parte del sujeto activo (el niño), pero no disponible desde un punto de vista procesal o administrativo por cuanto para estos entes (administrativos y judiciales) es una obligación (son sujetos pasivos de la misma).

⁵⁰ “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

⁵¹ “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

⁵² KIKELLY, Patricia en el prólogo del libro de PARKES, Aisling. 2013, *Op. Cit.*, p. xx.

⁵³ “El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados Partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior”.

La expresión “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio”, incluida en la primera parte del artículo 12 de la Convención parece, a primera vista, generar un criterio de exclusión subjetivo, pudiendo decidir *a priori* a quien oír o no y para que temas.

Esto no es así, pues el análisis literal del referido artículo hecha por el Comité de Derechos del Niño señala que “Los Estados Partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible”.

Esto significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.”⁵⁴

Dicho de otro modo, para decidir no oír a un niño, paradójicamente, se debe intentar oírlo primero pues se parte de la premisa que, sin importar su edad, su voz puede expresarse de algún modo. Lo que no puede hacerse, es ignorar el derecho del niño a ser oído justificándose, por ejemplo, en su corta edad: se debe encontrar una forma en que ella se manifieste, aunque no sea mediante un método tradicional. Ello a pesar de que, según Castaignede⁵⁵, la etimología de la palabra “infante” (*enfant*, en

⁵⁴ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2009, CRC/C/GC/12, párr. 20-21.

⁵⁵ CASTAIGNEDE, Jocelyne en “*L’avis de l’enfant mineur dans le divorce de ses parents*”, citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho constitucional del menor a ser

francés) es justamente “aquel que no habla”. Después de todo, la Convención exige recoger la voz de quienes “estén en condiciones de formarse un juicio propio”, no de quienes estén en condiciones de verbalizarlos.

De otra parte, ¿Cómo es posible verificar si el niño quiere ejercer su derecho o no (y por qué) sin preguntárselo directamente? ¿basta con constatar esta negativa o será menester indagar por qué se produce? ¿Qué sucede si el silencio se debe a algún tipo de coacción, temor o incluso el desconocimiento de las consecuencias de este? ¿y si el silencio del niño atenta en contra de su propio interés? ¿puede un niño expresar su opinión o reservársela sin haber sido previamente informado y asesorado acerca de sus derechos?

En síntesis, al menos existe una obligación de generar una oportunidad real de que el niño pueda expresar su opinión, sea personalmente o de manera vicaria, debiendo en consecuencia el Estado generar uno o varios mecanismos adecuados para hacer este derecho efectivo. Cumplido lo anterior, será el niño quien debidamente informado y asesorado, libre y espontáneamente podrá decidir hacer uso o no de ellos.

Es por esto que he decidido utilizar la expresión “prerrogativa”, por cuanto si bien se trata de un derecho, este es perfectamente renunciable por su titular.

3.2. Deriva de la calidad del niño como sujeto de derechos.

Desde la adopción de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se produce un cambio particular: Se crea un catálogo de derechos que entran a su acervo en su calidad de niños. Existe, por cierto, junto con el cambio de terminología (ya no se habla de “menores”, sino de niños) una transición de lo que se conoce como la “Doctrina de la situación irregular” a la “Doctrina de la protección integral de los derechos del niño”; Del “menor” como objeto de derechos, sujeto a potestades siempre al margen de sus

oído”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Separata de la revista N°7, Argentina, 1996, pág. 165.

propios deseos o sentires, al “niño” como sujeto de derechos individuales, a los cuales además se les otorga algún grado de primacía.

Pero se trata de un sujeto de derechos muy particular: sus derechos no se limitan a los establecidos en la Convención, en cuanto niños, sino que incluyen todos los derechos que le corresponden de conformidad con los tratados internacionales, así como los ordenamientos jurídicos locales en su calidad de “personas”.

De este modo, sea el instrumento que queramos aplicar, el niño tiene derecho a la libertad de conciencia y de expresión, pero también como cualquier persona, a la autodeterminación (aunque matizada) y, por cierto, a un debido proceso. De esto se sigue que, no obstante, las reglas de capacidad que puedan fijar los ordenamientos jurídicos locales, en el ámbito extrajudicial los niños gozan de un grado de autodeterminación vinculado a su autonomía progresiva, mientras que en el administrativo o judicial ocurre lo propio, lo que debe manifestarse en la posibilidad del niño de ser tomado en consideración en las decisiones que se tomen a este respecto y que se respete su derecho a un debido proceso.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español⁵⁶, señala que “la prohibición de indefensión implica el respeto esencial del principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de su tesis”.

En consecuencia, si estamos de acuerdo con estas premisas, al niño debe garantizársele el derecho a la acción, al recurso, a la defensa letrada, a ser emplazado, a la bilateralidad de la audiencia, en fin, a todos los derechos procesales de que gozan las personas, a más de los que goza adicionalmente por su calidad de niño mediante mecanismos especiales acordes a dicha calidad. Lo que no puede hacerse, es olvidar sus derechos como persona por su calidad de niño: deben sumarse ambos derechos

⁵⁶ Texto extraído de la Sentencia dictada por el referido tribunal, Sentencia 48/1986, de 23 de abril (BOE núm. 120, de 20 de mayo de 1986), ECLI:ES:TC:1986:48.

procurando que pueda ejercer los primeros de manera acorde a su situación particular, sin perjuicio de que se le reconozca o no la calidad de “parte” en los procesos respectivos.

La calidad en que participa o ha de participar un niño de cualquier proceso que lo afecte, es una materia bastante discutida en nuestra doctrina nacional. Así, a modo ejemplar, acerca de este punto, se ha planteado la duda por importantes autores como Paula Correa y Macarena Vargas⁵⁷ para quienes “la aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada se entronca también con el derecho al debido proceso” o la profesora Lathrop⁵⁸ quien estima que el hecho de que la ley parta de la premisa de que los niños, niñas y adolescentes no son “parte” de los procesos que les afectan, los vulnera en cuanto a su derecho al debido proceso, como también el no contar con defensa técnica especializada, la que, al menos en el ámbito proteccional, no se satisface -a su juicio- con la simple designación de un curador *ad-litem*.

Unas opiniones similares parecen sostener Millán y Villavicencio⁵⁹. Couso⁶⁰, citando a los autores anteriores va más allá sosteniendo el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una defensa técnica autónoma que les permita participar en todas las instancias del proceso, incluso aquellas de “mero trámite” en aras de su total involucramiento en la construcción del caso.

No comparten esta opinión Núñez y Cortés⁶¹ quienes opinan que los niños, niñas y adolescentes son partes indirectas (salvo cuando son requirentes) cuya

⁵⁷ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”. *Ius et Praxis*, Vol. 17, N° 1, 2011, p. 184.

⁵⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”, *Revista chilena de derecho privado*, N°22, 2014, pág. 212.

⁵⁹ Cfr. MILLÁN HIDALGO, Patricio y VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis. “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección” *Revista de Derechos del Niño* N° 1, UDP/UNICEF, 2002, pp. 41-91.

⁶⁰ COUSO SALAS, Jaime. “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”. *Revista de Derechos del Niño*, Vol. 3-4, 2006, p. 158.

⁶¹ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. “Derecho procesal de familia”, 1ª Edición, Santiago, Chile, Abeledo Perrot: Thomson Reuters, 2012, pág.367.

consecuencia es que, en teoría, debiesen ser notificados de todas las resoluciones que se pronuncien en el proceso.

Para la profesora Rodríguez,⁶² el derecho a ser oído, al menos en la ley civil, debiera entenderse obligatorio a partir de los doce o catorce años, mientras que los niños y niñas menores de siete años no debieran ser oídos.

Es del parecer del autor de la presente investigación, que sostener que los niños son “parte” (en el sentido natural y clásico de la expresión) de manera absoluta, en todos los casos que les afecten sin distinción o matiz alguno, pudiese ser una postura maximalista de la que se sigan consecuencias indeseadas e incluso contrarias a su propio interés. De la postura opuesta, en tanto, se seguirían resultados aún más dañinos: la total indefensión de los niños, niñas y adolescentes.

Con todo, es posible recoger de todas estas posturas elementos a ser tomados en consideración e intentar una aproximación distinta. Así, para quien suscribe, no cabe duda de que el niño (como demandado, denunciado o querellado) es parte cuando se sigue un juicio en su contra, como también cuando el proceso es iniciado directamente por él (como demandante, denunciante, querellante o requirente), debiendo poder contar inexorablemente en ellos con asistencia letrada.

En el resto de los casos, quizás los de mayor ocurrencia, debiese reconocérseles, al menos, una calidad de tercero interesado en el resultado del juicio.

Pero no cualquier tercero, sino uno que goza de un privilegio: para que el resultado del juicio no adolezca de un vicio de nulidad, debe ser emplazado. Notificado que sea, el niño debiera tener entonces también un derecho a opción que vaya desde no hacer absolutamente nada, hasta participar directamente del desarrollo del juicio, en cuyo caso necesariamente ha de considerársele parte también.

⁶² Cfr. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. “El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia”, Santiago, Abeledo Perrot, Legalpublishing. 2010, pp. 83-85.

En tales casos, por su calidad de niño, no debiesen ser emplazados directamente sino por intermedio de un representante designado por el tribunal, quien ha de explicarle las consecuencias de seguir un curso de acción u otro y qué, dada la naturaleza de los procesos que se siguen en materia de familia, no podría ser quien intervenga como demandante o demandado, aun cuando cuente con la representación legal de este. De optar por participar directamente del proceso, el niño debería poder hacerlo con la debida asistencia letrada en defensa de sus intereses.

3.3. Es una opción de participación.

De las cinco acepciones posibles que la Real Academia de la Lengua Española atribuye a la palabra “participar”⁶³, parece ser que la primera, esto es “Dicho de una persona: Tomar parte en algo.” es la que hemos de utilizar para los efectos de esta investigación, por cuanto parece ser la más adecuada entre ellas, aunque pudiese resultar insuficiente para los objetivos de esta. Por ello, parece prudente echar mano a la obra de algunos autores de renombre como Charles Wright Mills y Allan Dale⁶⁴.

El primero se refiere a la participación como un “Proceso permanente de formación de opiniones, dentro del seno de los grupos de trabajo y organismos intermedios, en torno a todos los problemas de interés común, a medida que estos vayan surgiendo y requieran de soluciones, es decir, de decisiones.” Mientras que Dale como la “Capacidad real, efectiva del individuo o de un grupo de tomar decisiones sobre asuntos que directa o indirectamente afectan sus actividades en la sociedad y, específicamente dentro del ambiente en que se desenvuelve”.

⁶³ Concepto extraído del diccionario en línea de la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, [en línea] < <http://dle.rae.es/?id=S09ab8h>> [consulta: 5 de enero de 2019].

⁶⁴ Citados en UNICEF. “Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes: Guía práctica para su aplicación”, 3ª Edición, Santo Domingo, 2006, p.14, [en línea] <https://www.unicef.org/REPÚBLICAdominicana/uniCef_proyecto.pdf> [consulta: 5 de enero de 2019].

De la primera definición, sobresale a mi entender la noción de “proceso permanente” mientras que, de la segunda, la idea de “capacidad real y efectiva”.

Precisamente, de mi parecer, no es posible hablar de una participación real de un niño si esta es solo incidental o si su alcance es meramente nominal o consultivo. Esta intervención debe tener la capacidad (al menos potencial) de producir un efecto. Por cierto, diversos autores se han dado a la tarea de estudiar la participación infantil, usualmente estructurándola en distintos grados. Así por ejemplo Robert Hart⁶⁵ estima que existen ocho grados de participación. El primer grado que denomina “Manipulación”, importa un desconocimiento total del niño acerca del asunto del que participan ni la naturaleza de su intervención. En el segundo nivel, “Decoración”, se hace participar al niño con el único fin de poder decir que se hizo, sin que esta intervención tenga ningún otro efecto. En la “Participación simbólica” el niño expresa su opinión, pero esta no es tomada en consideración.

Estos tres primeros grados, muy a nuestro pesar, se pueden ver nítidamente en distintas instituciones y actuaciones propias de nuestro ordenamiento jurídico y no se avienen de modo alguno con el espíritu de la norma introducida por la Convención. Pareciera ser que este se encuentra recogido en el 4º grado de participación, pero no de la escala de Hart si no de la elaborada por Jaume Trilla y Ana Novella, en “Educación y Participación Social de la Infancia”⁶⁶ llamado “Participación proyectiva” que consiste en la posibilidad de que el niño se convierta en un agente que participa en la definición de un proyecto, su sentido y sus objetivos. Otra escala interesante es la propuesta por Schofield y Thoburn⁶⁷ que sin embargo guarda bastante similitudes con la de Hart.

Otro nivel que podríamos agregar en cualquier escala de participación es, por cierto, la “no participación” que aún se encuentra presente en parte importante de

⁶⁵ Citado en UNICEF, 2006, *Op. Cit.*, pp. 15-16.

⁶⁶ Citados en UNICEF. 2006, *Op. Cit.*, p.16.

⁶⁷ COUSO SALAS, Jaime. 2006, *Op. Cit.*, p.157.

nuestro ordenamiento, no obstante ser absolutamente contraria a los derechos de los niños.

En síntesis, para los efectos de la presente investigación, entenderemos por participación, la posibilidad del niño de intervenir activa y permanentemente durante todo el proceso de la toma de una decisión que diga relación con su órbita de intereses, debiendo dicha intervención tener la potencialidad, además, de poder influir en el resultado final del referido proceso.

3.4. Puede ejercerse personalmente y/o mediante un representante.

No obstante, se alude a la posibilidad de ejercer este derecho mediante un representante en el párrafo segundo del tantas veces citado artículo 12 de la Convención, en opinión de este autor esta posibilidad no debe limitarse a los ámbitos judiciales y/o administrativo. Es perfectamente posible estimar que el ejercicio de este derecho puede ejercerse de este modo en cualquier otra situación imaginable.

En un ámbito extrajudicial y fuera del ámbito administrativo, es perfectamente posible que sea un profesor, un facultativo tratante del niño, un hermano mayor, un abuelo y -en general- cualquier otro adulto responsable que cuente con la confianza del niño quien exprese en su nombre sus deseos e intereses particulares si este así lo desea.

Así, a modo ejemplar, un niño debiese poder manifestarle a su profesor jefe su inquietud o desaprobación respecto de situaciones que sucedan en el entorno académico, para que dicha manifestación llegue a oídos de las autoridades de la institución o a los padres del niño.

Por ejemplo, si los padres inscriben al niño en actividades del colegio que no son de su agrado (forzarlo a practicar un deporte u otra disciplina determinada) o si la institución desarrolla actividades que el niño estima lesivas a sus intereses (existen

colegios que exigen orar en distintas situaciones), es perfectamente posible que el niño, no obstante su ferviente deseo de manifestar su parecer, no se sienta capacitado para hacerlo (por carecer de herramientas, acceso directo, por temor reverencial o a las consecuencias que se sigan de sus dichos) y prefiera que un tercero plantee estas cuestiones en su nombre y representación.

En el ejercicio profesional me ha tocado presenciar cómo algunos padres (teniendo en vista el interés superior de sus hijos, según observan ellos) con la finalidad de obtener el mayor grado de desarrollo posible de sus niños, disponen hasta del último segundo de estos en actividades de reforzamiento académico (clases particulares, psicopedagogas, “shadows”⁶⁸, etc.) o extracurriculares (aprendizaje de un arte, idiomas, instrumentos musicales, artes marciales, deportes en general) o relacionadas (real o aparentemente) con su salud.

Es realmente alarmante la cantidad de niños que en nuestro país supuestamente requieren asistir periódicamente al neurólogo, psicólogo, psiquiatra, terapeuta ocupacional o fonoaudiólogo (normalmente en un concurso ideal de todos ellos).

Surgen algunas preguntas entonces: ¿de qué momento o momentos, dispone el niño para ser, precisamente, un niño y jugar, compartir con sus amigos o explorar actividades de su propio interés? Si el niño no satisface los niveles de “excelencia” que de él esperan sus padres ¿faculta este hecho a los progenitores a sobreexigirlo para intentar que se parezca a lo que ellos esperan de él?

⁶⁸ “Un maestro sombra es un asistente educativo que trabaja directamente con un único niño con necesidades especiales durante sus años de preescolar y primaria. Estos asistentes entienden una variedad de discapacidades de aprendizaje y cómo manejarlas en consecuencia. Proporcionar una maestra sombra, permite al niño asistir a clase mientras está recibiendo la atención extra que necesita. Los profesores sombra están extensivamente capacitados para ayudar al estudiante a interactuar con los demás y ayudarlo con tareas escolares.” [en línea] <<https://planlea.listindiario.com/2016/12/que-es-un-profesor-sombra/>> [consulta: 19 de enero de 2019].

Sin duda son preguntas complejas y si el lector es uno de estos padres a que aludo, responderán -probablemente con algún grado de molestia- que es su obligación dotar de la mayor cantidad de herramientas posibles a sus hijos. El autor concuerda con ellos, pero en la eventualidad de que el niño sienta que no se encuentra a gusto con esta situación o se siente abrumado con las exigencias y expectativas de sus padres, debe poder manifestarlo y frente al poder aparentemente omnímodo de sus padres, perfectamente puede optar por otra persona de un calibre similar para que exprese su visión en su nombre.

En mi opinión, todas las instituciones que tratan con niños de un modo u otro debiesen contemplar mecanismos permanentes e idóneos para que la opinión de los niños pueda fluir libremente y estos mecanismos deben ser explicados e informados exhaustivamente a estos.

En el ámbito judicial y administrativo, la norma citada es sumamente clara -en cuanto a su procedencia-, pero vaga y ambigua en cuanto a varias cuestiones esenciales. Si el niño interviene personalmente, ¿adquiere la calidad de parte, o tiene su voz un carácter probatorio? ¿a partir de cuándo puede intervenir? ¿debe ser su intervención de carácter confidencial o secreta? Si va a actuar representado ¿quiénes podrían ser estos representantes? ¿con qué calidades personales o profesionales debiesen contar? ¿cuándo y cómo deben intervenir y a propósito de qué materias?

A falta de una respuesta única, los países signatarios de la Convención han adoptado distintas medidas que difieren bastante de un país a otro, probablemente como consecuencia directa de que estas interrogantes no cuentan con respuestas unívocas. He ahí la importancia que se visualiza en el análisis dogmático que se propone en la presente investigación, cuya finalidad no es entregar respuestas definitivas a todas ellas, si no que, propósito más humilde, intentar hacerlo de acuerdo con las premisas que se pretenden sostener en la misma.

Así, por ejemplo, si el lector comparte la premisa de que el derecho del niño a ser oído es un derecho subjetivo disponible por su titular (prerrogativa), pero no por el

sujeto pasivo obligado (en este caso, órganos administrativos y judiciales), se siguen ciertas consecuencias prácticas que pudiesen ayudar a resolver estas interrogantes.

Por de pronto, ya he señalado que en mi parecer el niño cuenta (o debiese contar) con el derecho a accionar o formular peticiones, personalmente frente a estos organismos. Esto es, tomar la iniciativa en la formación de una causa o proceso, en cuyo caso debiese, naturalmente, considerárselos como parte, para todos los efectos legales.

En estos casos, al igual que los adultos, tendrían que comparecer (cuando la ley así lo exige) con la debida asistencia letrada. Esto por cuanto así lo exigen las normas de un debido proceso en recaudo de los intereses de los litigantes. Si se estima que la comparecencia de un *sui juris* en juicio sin la debida asistencia letrada a un juicio atenta en contra de que pueda optar a una defensa adecuada de sus posiciones, con mayor razón tendremos que predicar lo mismo tratándose de un *alieni juris*.

En estos casos, el niño participaría debidamente representado en todas las etapas del proceso hasta la culminación de este, en igualdad de condiciones procesales que un adulto y habida consideración que el proceso ha sido iniciado por el niño, el tipo de acción, la estrategia procesal y las peticiones concretas, deben ser presentadas por un abogado que siga las directrices de su cliente. Naturalmente, al intervenir de este modo, las actuaciones del niño en el proceso no han de ser secretas, con la salvedad de que el abogado del niño debe respetar el deber de confidencialidad como tendría que hacerlo con cualquier cliente.

Si el niño es, en cambio, sujeto pasivo de un proceso judicial o administrativo (demandado, imputado, acusado, requerido, etc.), parece correcto sostener que, estando sujetos a la patria potestad de uno o ambos padres, deben ser aquellos quienes carguen con la responsabilidad de proporcionar una defensa letrada al niño, máxime si los actos de este son susceptibles de generar responsabilidad civil que ha de ser reclamable precisamente en el titular de la patria potestad. Se observa, en

consecuencia, que los intereses del niño y de quien detenta su patria potestad han necesariamente de coincidir.

3.5. Procede respecto de toda toma de decisión que pueda afectarlo.

Se trata pues de un derecho que es exigible mucho más allá de las fronteras de nuestros tribunales de justicia. Importa un privilegio de que gozan los niños también en toda otra toma de decisiones que hayan de afectarlos en el ámbito administrativo, político, escolar, familiar, médico y en general en cualquier otro ámbito en que se desenvuelvan.

Cada uno de estos terrenos mencionados precedentemente, han de ajustar sus procedimientos internos a esta nueva realidad. Con todo, el objeto del presente trabajo no es el de examinar como opera (o debiese operar) el derecho de los niños a ser oídos en todos estos ámbitos, sino que indagar de qué manera se tutela el ejercicio de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico familiar, cuestión que será abordada en extenso en el segundo capítulo de esta obra.

Notará el lector que se ha dejado fuera del concepto estudiado cualquier alusión a que deben tenerse en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Ello se ha hecho deliberadamente por dos motivos.

El primero es que, a juicio del autor, las razones por las que han de tomarse en cuenta o desecharse las opiniones de un niño en determinada cuestión, forman parte de una etapa posterior al ejercicio de este derecho. Se trata de la ponderación de lo expresado en base a ciertos parámetros por terceras personas. Es la consecuencia del ejercicio de este derecho que, por lo demás, puede o no ser ejercido a voluntad de su titular.

La segunda razón es que, en la práctica, se puede observar cómo usualmente se utilizan elementos como la edad o la madurez como requisitos de procedencia de este derecho valiéndose de ello para obstruir su ejercicio, particularmente en nuestros tribunales de justicia, razón por la que me parece de suyo importante trazar una frontera clara entre dos instancias íntimamente relacionadas, pero distintas; el ejercicio del derecho y su posterior ponderación.

El objetivo de la presente investigación se centra en la posibilidad de ejercicio de este derecho y cómo esta posibilidad es tutelada -efectivamente o no- en nuestra justicia familiar.

CAPÍTULO II, EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. SU DIMENSIÓN PROCESAL EN CHILE.

1) Generalidades - Concepto del derecho del niño a ser oído como derecho adjetivo.

El capítulo anterior tenía un doble objetivo; indagar acerca de los orígenes y fuentes del derecho del niño a ser oído para, con esa información, intentar develar su naturaleza jurídica y características que sirvieran de insumo para lograr plasmar un concepto único que incluyese, desde luego, sus rasgos sustantivos como también sus adjetivos o procesales. Son precisamente estos últimos los que serán analizados en el presente capítulo, tanto en el ámbito administrativo como judicial, en materias de familia. Muy en particular me referiré a las herramientas (de existir) que entrega el ordenamiento jurídico al niño como sujeto de derechos y cómo se tutela su posibilidad real de ejercerlos.

Para ello, tomando el concepto general ensayado en el capítulo anterior, hemos de definir el derecho del niño a ser oído, desde una óptica adjetiva, como la prerrogativa de este último, en cuanto sujeto de derechos, de participar personal o debidamente representado, de toda toma de decisión que ha de afectarlo directa o indirectamente, en procesos judiciales y administrativos.

En el presente capítulo abordaremos de qué modo y en qué instrumentos se encuentra el referido derecho recogido en nuestro país y cómo opera en nuestro sistema de derecho familiar. Finalmente, se analizarán las relaciones -a veces conflictivas- entre este y el principio del interés superior del niño, como también el principio de colaboración.

2) Recepción del derecho del niño a ser oído en el ordenamiento jurídico familiar chileno.

A partir de la adopción por parte de Chile de la Convención Sobre los Derechos del Niño en 1990, el legislador comenzó a incorporar criterios hasta entonces totalmente ajenos a nuestro ordenamiento jurídico iniciando una transición (aún no terminada a mi juicio) desde un concepto del niño como “objeto de derechos” a uno que lo sitúa como sujeto de los mismos. Así, hemos debido familiarizarnos con expresiones tales como “autonomía progresiva”, “interés superior del niño” y, por cierto, con “el derecho del niño a ser oído”.

Este derecho ha sido recogido normativamente en nuestro país⁶⁹, desde luego, comenzando con la entrada en vigor de la referida Convención (por aplicación de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de nuestra Constitución⁷⁰) encontrándose actualmente manifestaciones de este en nuevas leyes dictadas desde entonces, así como en la modificación o adecuación de otros cuerpos legales.

Así, es posible encontrar normas relativas al derecho del niño a ser oído principalmente en la Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia⁷¹; en la Ley N°19.620 que regula la adopción⁷²; en la Ley N°17.344 que regula los cambios de

⁶⁹ TRONCOSO VERGARA, María y PUYOL WILSON, Carolina. “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oído en tribunales de familia: Una aproximación psicojurídica”, PRAXIS. Revista de Psicología, Año 16, N° 25, 2014, pp. 90 y ss.

⁷⁰ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” REPÚBLICA DE CHILE. “Constitución Política del Estado”, 1980.

⁷¹ Manifestaciones directas e indirectas de este derecho pueden encontrarse en los artículos 16, 19, 41, 69 y 102 (letras g, h, e i), REPÚBLICA DE CHILE. Ley N° 19.698, “Crea Tribunales de Familia”, 2005.

⁷² “Artículo 3°.- Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.

Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés

nombre⁷³; en el Código Civil, a propósito de la regulación del cuidado personal y la relación directa y regular⁷⁴ y en la Nueva Ley de Matrimonio Civil⁷⁵.

Nótese cómo el legislador utiliza expresiones como “deberá considerar”, “oír”, “será necesario su consentimiento” u otras análogas, lo que denota que no se trata de una norma facultativa, sino imperativa para la magistratura. Incluso, en la nueva Ley de Matrimonio Civil señala que para recoger la voz de los niños la judicatura puede utilizar “las medidas que estime conveniente”, por lo que, al menos en las materias reguladas por esta ley, cuenta con un amplio abanico de posibilidades a su disposición. Empero debe escoger, al menos, una.

Sin embargo, ninguna de las normas citadas precedentemente se encarga de responder a ciertas interrogantes; ¿en qué momento procesal debe ser escuchado el niño?, ¿de qué manera debe recogerse la voz del niño?, ¿cuándo puede (o debe) escuchárselo directamente y cuando puede (o debe) oírsele mediante un representante?

No existen respuestas unívocas a las preguntas anteriores, pero sí existen ciertas prácticas más o menos uniformes que se aplican en nuestros juzgados de familia. Normalmente, se elige -como momento procesal- la audiencia preparatoria o la

superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento.” REPÚBLICA DE CHILE. Ley N° 19.620, “Dicta normas sobre adopción de menores”, 1999.

⁷³ En el inciso final del artículo 1° se señala que: “Si se tratare de un menor de edad que careciere de representante legal o, si teniéndolo éste estuviere impedido por cualquier causa o se negase a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos a que se refiere esta ley, el juez resolverá, con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del Defensor de Menores y aún de oficio.” REPÚBLICA DE CHILE. Ley N° 17.344, “Autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica”, 1970.

⁷⁴ Manifestaciones directas de este derecho pueden encontrarse principalmente en los artículos 225-2, 229 y 229-2. REPÚBLICA DE CHILE. “Código Civil”, 1855.

⁷⁵ Específicamente, en su artículo 85 prescribe, en su inciso 2°, que “Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.”, mientras que en su inciso 3° que “El juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales.”, REPÚBLICA DE CHILE. Ley N° 19.947, “Establece Nueva ley de Matrimonio Civil”, 2004.

audiencia de juicio. Generalmente se utiliza el mecanismo denominado “audiencia reservada” y, excepcionalmente, se les designa un curador *ad litem*, que puede considerarse de cierto modo un representante del niño (ya nos referiremos más en extenso a este fenómeno).

3) Recepción jurisprudencial del derecho del niño a ser oído en su dimensión adjetiva. ¿Es un trámite esencial?

Nuestros tribunales superiores de justicia, si bien han fijado ciertos criterios (a veces contradictorios) que se van repitiendo de manera más o menos constante, no se visualizan directrices únicas para dilucidar las preguntas planteadas en el párrafo anterior que parecen ser bastante importantes tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal. Incluso me atrevería a señalar que existe algún grado importante de confusión conceptual en algunas de sus resoluciones.

Así, en cuanto a la oportunidad en que deben ser oídos, existen fallos⁷⁶ que exigen retrotraer los procesos a la audiencia de juicio a fin de que en ella se cumpla con este trámite, mientras en otros⁷⁷ se retrotrae el proceso a la audiencia preparatoria.

Lo curioso es que en los dos fallos citados que exigen el ejercicio de este derecho en la audiencia de juicio, se reconoce de manera casi idéntica (siguiendo y citando a Couso⁷⁸) que el derecho del niño a ser oído, en lo que respecta a los procesos jurisdiccionales ante tribunales de familia, puede verse como una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto o dimensión de

⁷⁶ Así ocurre en dos fallos dictados por la EXCMA. CORTE SUPREMA, Cuarta Sala, en Rol°1732-2017, fallo de fecha 18 de abril de 2017 y en Rol N°939-2018, fallo de fecha 28 de agosto de 2018 (voto de disidencia).

⁷⁷ I. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sexta Sala. “Godoy Fuentealba”, Rol N°3113-2016, fallo de fecha 13 de abril de 2017.

⁷⁸ COUSO, Jaime, 2006. *Op. Cit.* pp. 153-154.

defensa material, pudiendo el niño formular alegaciones, teniendo la oportunidad de participar de la construcción del caso.

Si esto es así ¿cómo sería posible ejercer este derecho del modo indicado en la audiencia de juicio cuando en ésta ya no se pueden formular alegaciones (el período de discusión está agotado) o rendir pruebas, si estas no se pudieron ofrecer en la audiencia preparatoria?

Y lo que es más desconcertante: ¿Cómo puede pedírsele a un niño que, además haga todo esto sin una debida asistencia letrada? Si a todo adulto (de quien se supone un mayor grado de comprensión de la realidad, amén de presumir el legislador -de derecho- su conocimiento de la ley) se le exige de modo general la comparecencia a juicio patrocinado y representado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, no se entiende cómo no se exige y garantiza lo propio respecto de un niño.

Más contradictorio, aún, resulta otro fallo⁷⁹ que recoge el mismo criterio, utilizando la misma cita en su considerando cuarto para, acto seguido, señalar en su considerando quinto que esta “defensa material” se satisface con la fijación de una o más audiencias para dialogar con los niños.

En síntesis, si se adhiere a la idea del derecho del niño a ser oído como un derecho de participación activa, como una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto o dimensión de defensa material, pudiendo el niño formular alegaciones y teniendo la oportunidad de participar de la construcción del caso, no podemos sino concluir que, al igual que el resto de los participantes del juicio, el niño debe contar también con un plazo para meditar y formular sus alegaciones y peticiones concretas con la debida antelación y antes de que el período de discusión se encuentre agotado.

⁷⁹ EXCMA. CORTE SUPREMA, Cuarta Sala, en Rol°39739-2017, fallo de fecha 14 de mayo de 2018.

Recordemos además que, en virtud del principio colaborativo, bien pudiera ocurrir que en la audiencia preparatoria las partes lleguen a un avenimiento sin que el niño haya sido escuchado aún, vulnerando de este modo de manera grave su derecho. Dicho de otro modo, el niño debiese ser oído (y eventualmente emplazado) con suficiente antelación a la audiencia preparatoria para que pueda ejercer verdaderamente su prerrogativa. Cualquier momento posterior puede significar la obliteración de este derecho.

En cuanto al cómo debe ser oído, en la jurisprudencia citada podemos ver que nuestros tribunales se inclinan en general por una o más audiencias reservadas las que, dependiendo de cuando se efectúen y con qué finalidad, pudiesen tutelar efectivamente este derecho (como examinaremos más adelante).

En cuanto a la posibilidad de ser oído directamente o de manera vicaria, la visión de nuestros tribunales puede ser aún más errática y confusa.

En aplicación directa del artículo 19 de la Ley 19.968⁸⁰ (en conjunción con otras normas, en especial con la contenida en el artículo 16 de la misma ley⁸¹, como se verá) la Sexta Sala de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 13 de abril de

⁸⁰ La norma señala que “En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.”

⁸¹ “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”

2017⁸², casó de oficio una sentencia dictada por el 2° Juzgado de Familia de Santiago en una causa sobre cuidado personal, por estimar que la falta de designación de un curador *ad-litem* para que represente a los niños de autos, constituía una omisión de un trámite o diligencia esencial, al tenor de lo previsto en el N°9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil⁸³.

El carácter de dicha designación como “trámite o diligencia esencial” es lo que será revisado con ocasión del análisis de este fallo, a la luz de la doctrina, en contraste con nuestra legislación y tratados internacionales vigentes.

Se trata de una causa ventilada ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago que por sentencia de fecha 26 de octubre de 2016, se acoge la demanda presentada por don Eduardo Antonio Godoy Sierra en contra de doña Gabriela Fuentealba Ortiz, concediéndole al primero el cuidado personal de los niños DGF y SGF, fijando en la misma sentencia un régimen de relación directa y regular de la madre con los mismos. Respecto de dicha sentencia, el demandante recurrió de apelación y la demandada de apelación y casación en la forma.

Previa vista de la causa, la Sexta Sala de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros Sr. Alejandro Rivera Muñoz, la Sra. Marisol Rojas Moya (Quien además redactó la resolución) y el abogado integrante, Sr. Héctor Mery Romero, decidió casar de oficio la sentencia recurrida en una breve resolución (tan solo 4 carillas), sin entrar al fondo de los recursos presentados, haciendo uso de la facultad descrita en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 768 N°9 del mismo Cuerpo legal, esto es, el vicio consistente "En haber faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad".

⁸² I. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sexta Sala. Rol N°3113-2016.

⁸³ Artículo que enumera las causales del recurso de casación en la forma “9a. En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.”

El trámite o diligencia estimado como esencial por los falladores consiste en la no designación por parte del tribunal inferior de un curador *ad-litem* para los niños de autos.

El fundamento procesal para proceder a la impugnación de oficio de la resolución se expresa en el considerando PRIMERO de la sentencia del modo siguiente:

“Que el inciso primero del artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: “No obstante lo dispuesto en los artículos 769 y 774, pueden los tribunales, conociendo por la vía de la apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicio que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismos los posible (sic) vicios sobre los cuales deberán alegar.”

El antecedente de la existencia de un vicio que da lugar a la casación en la forma observa la Sala en el considerando SEGUNDO, es haber detectado -en estado de acuerdo- que la sentencia recurrida incurría en el presupuesto previsto en el N°9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, “En haber faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad”.

Continúa el razonamiento señalando que constaba en autos que los niños DGF y SGF no habían sido oídos atendida su corta edad y que tampoco se les designó un curador *ad-litem*, citando los artículos 16 y 19 de la Ley de Tribunales de Familia⁸⁴ que consagran el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído (el primero) y el derecho a la debida representación (el segundo).

Se estima por parte del sentenciador que contando los niños con 2 y 4 de años de edad “no podían ser oídos, - por su edad- sobre los hechos materia del juicio y, en especial, sobre qué situación les resultaba más conveniente en resguardo de sus

⁸⁴ Ambas normas ya citadas y transcritas.

intereses⁸⁵ y que, dada la posición antagónica en que se encontraban sus padres “en la que expusieron y pretendieron acreditar sus intereses y no los de los menores, cuyo cuidado personal exigían para sí”⁸⁶ debió la sentenciadora designar un curador *ad-litem* en la audiencia preparatoria en que se discutió y decidió sobre el cuidado personal provisorio de los niños “...sin que éstos estuvieran debidamente representados ni fueron escuchados, a través de su curador”⁸⁷.

Cierra su argumentación la Sala del modo siguiente: “...aparece que el órgano jurisdiccional, no adoptó las medidas necesarias para que los menores actuaran debidamente representados en el juicio, mediante el nombramiento de un curador *ad litem*, siendo éste, en concepto de esta Corte, un trámite o diligencia esencial, según lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 19.968, en relación con los artículos 768 y 795 del Código de Procedimiento Civil, entendiendo que en este último precepto, la enumeración de los trámites o diligencias esenciales, no tiene el carácter de taxativos.”⁸⁸

Finalmente, en la parte resolutive se invalida de oficio la sentencia recurrida, así como el resto del procedimiento, retrotrayendo la causa al estado de citar a audiencia preparatoria en la que, advierte, deberá convocarse al curador *ad-litem* de los niños DGF y SGF, omitiendo en consecuencia pronunciamiento acerca de los recursos impetrados por las partes.⁸⁹

La normativa utilizada por el sentenciador en esta materia ha sido correctamente citada -en cuanto es la pertinente-. No obstante, su interpretación es discutible.

Es correcto, como se señala, que la enumeración de los trámites o diligencias considerados como esenciales por el legislador en el artículo 795 del Código de

⁸⁵ Fallo citado, considerando SEXTO.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Fallo citado, considerando SEPTIMO.

⁸⁸ Fallo citado, considerando OCTAVO.

⁸⁹ Fallo citado, considerando DECIMO.

Procedimiento Civil es ejemplar y no taxativa por cuanto parte con la voz “En general”. Sin embargo, la causal de casación en la forma utilizada, esto es la novena contemplada en el artículo 768 del Código citado contempla, siguiendo a Casarino⁹⁰, dos hipótesis o situaciones diversas. A saber, en haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley; y en haberse faltado a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad, de lo que se sigue que para poder aplicar este artículo debe existir una ley, (cualquiera) que declare la designación de un curador *ad-litem* como un trámite esencial o que sancione su falta de nombramiento expresamente con la nulidad.

Pues bien, no existe ninguna norma que se refiera al respecto y menos en particular los artículos 16 y 19 de la Ley N°19.968 citados por el fallador. Si bien establecen principios fundamentales a aplicarse en la judicatura de familia, no señalan que el derecho del niño a ser oído o debidamente representado se manifieste en un trámite del procedimiento específico que se eleve a la categoría de “esencial” de manera expresa, ni sanciona su inobservancia con la nulidad. De hecho, ni siquiera señala cuándo debe producirse durante el procedimiento.

Contrarios a esta opinión son Núñez y Cortés⁹¹ quienes sostienen que se trata de una actuación esencial reclamable vía casación en la forma.

Esta situación bien pudo salvarse a mi entender, entendiendo que tal falta de designación constituía la falta de un trámite esencial específicamente señalado en el artículo 795, a saber “La falta del emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley” (1°) o bien “La práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión” (4°). Para aplicar la primera, debiésemos entender que los niños son partes en cualquier juicio en que han de verse afectados, y que la forma de emplazarlos es por intermedio de su curador *ad-litem*. Para proceder a la segunda, debiésemos entender que el oír a los niños tiene una naturaleza de carácter probatorio

⁹⁰ CASARINO VITERBO, Mario. “Manual de Derecho Procesal, Derecho Procesal Civil, Tomo IV”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p.170.

⁹¹ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. “Derecho procesal de familia”, 1ª Edición, Santiago, Chile, Abeledo Perrot: Thomson Reuters, 2012, p.367.

cuya omisión produce indefensión y que la forma de materializarla -cuando los niños son muy pequeños- es por intermedio de su curador *ad-litem*. En este caso, nuevamente, tendríamos que entender que los niños son partes (de alguna manera u otra) en cualquier juicio en que han de verse afectados y además que el curador *ad-litem* cumple una función de vocería, más que de garante de derechos o abogado de los niños.

Es mi opinión, siguiendo a Couso⁹² en este punto, que el derecho a la defensa técnica de los niños en Chile se encuentra regulada (y además es aplicada) de manera defectuosa, como quiera que el artículo 19 de la Ley N°19.968 solo la ofrece para el evento de que existan intereses independientes o contradictorios con los de sus padres.

En tal sentido, tratándose los niños de entes individuales, siempre han de tener intereses individuales e independientes de ellos. Cosa distinta es que dichos intereses independientes pueden coincidir en todo o en parte con los de uno, otro o ambos progenitores.

Siendo así, se sigue que los niños siempre (sin necesidad de ningún cambio legislativo) debiesen contar -al menos- con la designación de un curador *ad-litem* en aquellos casos en que sus intereses particulares estuviesen en juego, cuestión que pudo argumentar el sentenciador en el fallo analizado ayudando a la completitud del argumento que sería del siguiente tenor: DGF y SGF, en cuanto individuos, tienen intereses particulares que se verán afectados por lo resuelto, luego, son partes y es en su calidad de partes que tienen un derecho a una debida representación que, de conformidad con el artículo 19 de la Ley N°19.968, es mediante la designación de un curador *ad-litem* quien, en su nombre y representación, debió ser legalmente emplazado, cuestión que no ocurrió, faltando entonces un trámite esencial señalado en el artículo 795 N°1 del Código Procedimiento Civil, lo que motiva la casación de oficio.

⁹² COUSO SALAS, Jaime. *Op. Cit.*, p. 158.

En el fallo analizado, parece ser que el tribunal estaba más interesado en proteger el derecho de DGF y SGF de ser oídos, que su derecho a una debida representación. Solo invoca el tema de la representación en cuanto el hecho que, por su edad, no estaban (según sus sentenciadores) en condiciones de verbalizar sus opiniones.

Lo anterior es grave, por cuanto, siguiendo lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N°12, efectuando un análisis literal del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente:

- En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas⁹³. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente⁹⁴. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.”

Dicho de otro modo, contrario a lo observado por la sala en cuanto a “...y, que, por su corta edad, no fueron oídos.”, la judicatura no puede obliterar el derecho de los

⁹³ *Op. Cit.* COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. 2005, párr. 14.

⁹⁴ Cfr. LANSDOWN, Gerison, “*The evolving capacities of the child*”, Innocenti Research Centre, UNICEF, Florencia, Italia, ISBN: 88-89129-15-8, 2005, pp. 1-82.

niños a ser oídos atendida su corta edad: debe encontrar una forma en que ella se manifieste, aunque no sea mediante una audiencia reservada.

Siguiendo a Bischoff⁹⁵ el derecho a representación por un abogado no es una formalidad, sino la esencia de la justicia. En la clase de juicio que fue resuelto en el fallo comentado, no solo se debió escuchar la voz de los niños, sino que además (no en lugar de) debieron contar con una defensa técnica autónoma y especializada, cuestión que no se satisface tampoco con la figura del curador *ad-litem* en su concepción actual.

Para dar cabal cumplimiento a los artículos 16 y 19 de la Ley N°19.968, en concordancia con lo previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la -recién citada- observación general N°12 del Comité de los Derechos del Niño, en vez de 2, debieron ser 3 (o 4) los abogados que concurrieron a la vista de la causa. El tercero, debió ser el abogado de DGF y SGF. Un cuarto abogado debió haber comparecido también, en la eventualidad de que los intereses de DGF y SGF fueran incompatibles.

El sentenciador entonces intentó perseguir un fin correcto (la protección del derecho de los niños a ser oídos y/o a ser debidamente representados), mediante una fórmula incorrecta (como vimos, la ley no eleva expresamente a trámite esencial ni el derecho a ser oídos, ni la designación de un curador *ad-litem* u otro tipo de representación).

Lo excepcional, entonces, infrecuente y distintivo de esta sentencia, es que parece sugerir que en las causas que se tramitan en la judicatura de familia y que involucran a niños, es un trámite esencial la designación de un curador *ad-litem* para ellos.

⁹⁵ Cfr. BISCHOFF, Kerin “*The Voice of a Child: Independent Legal Representation of Children in Private Custody Disputes When Sexual Abuse Is Alleged*”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 138, No. 5, 1990, pp. 1383-1409.

Digo “parece sugerir” porque de un análisis armónico de la resolución pareciera ser que la interpretación del sentenciador es que el nombramiento del curador *ad-litem* en el caso de marras era necesaria debido a que los niños no podían ser oídos, de suerte que esta figura parecería destinada a suplirlos en dicha función más que a cumplir un rol de representante o guardián.

Así, parece advertirse una confusión conceptual respecto al derecho del niño a ser oído y el derecho a su debida representación, como si el segundo dependiese u operara en subsidio del primero.

De otra parte, de la sola lectura del artículo 19 de la Ley N°19.968 pareciera, habida consideración que los niños contaban con representantes legales, que el nombramiento o no de un curador *ad-litem* estaba en este caso entregado a la ponderación del juez de primera instancia quien además debía contar con “motivos fundados”, lo que sugiere que, de existir un nombramiento, este tendría un carácter más bien excepcional.

Sin perjuicio de la confusión de términos, la finalidad perseguida por la sala parece loable: defender el derecho de los niños DGF y SGF a ser representados por un curador *ad-litem*. En opinión de quien suscribe, el referido nombramiento no resulta suficiente para cumplir con los estándares a los que Chile se encuentra comprometido.

Más allá de la confusión conceptual develada en el fallo analizado, pareciera ser, por argumentos similares a los ya referidos, que no solo la designación de un curador *ad-litem* no es un trámite esencial. Ni siquiera el oír al niño lo es.

Quizás quien ha escrito con mayor claridad sobre el particular es el profesor Francesco Carretta Muñoz⁹⁶ quien distingue claramente entre lo que él denomina como

⁹⁶ CARRETTA MUÑOZ, Francesco. “El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: La esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial”, Revista Chilena de Derecho, vol.45, n.2, 2018, pp.407-426. [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000200407&lng=es&nrm=iso> [consulta: 4 de enero de 2020].

la “esencialidad del derecho” y la “esencialidad del trámite”. El autor parecer percibir también una cierta confusión conceptual derivada de una propensión de la magistratura a proteger al más débil⁹⁷, pero destacando que no obstante la valoración sustantiva de un determinado derecho como esencial, no se sigue necesariamente lo propio en el ámbito del derecho procesal⁹⁸.

Acto seguido, comprueba su afirmación sometiendo sus premisas al siguiente test: la omisión de un trámite considerado como esencial trae aparejado necesariamente un vicio de nulidad y sucede que la vulneración del derecho del niño a ser oído no trae aparejada sanción alguna en la ley⁹⁹.

En conclusión, siguiendo este razonamiento, salvo que exista en el futuro alguna modificación legal que sancione expresamente la vulneración del derecho del niño a ser oído o su falta de representación, seguiremos entregados a la mera voluntad de la judicatura en orden a delinear los contornos procesales del mismo. Ello, por supuesto, salvo que se adhiera a la idea -como quien suscribe- de que el niño siempre es parte (una especie de parte o al menos un tercero privilegiado) en los procesos en que se ventilan asuntos de su incumbencia.

⁹⁷ “Traduciéndolo al lenguaje procedimental, puede que los magistrados con todas sus buenas intenciones y preparación, seducidos por su instinto canalicen inadecuadamente la tutela de este derecho. Sobre todo, si para su debida protección se debe actuar con prontitud.” CARRETTA MUÑOZ, Francesco. *Op. Cit.* p.413.

⁹⁸ “Coloquialmente, que el derecho del niño a ser oído sea de vital importancia, como se dijo en la introducción, o “esencial” en el sentido común, es evidente. Pero esa virtud no necesariamente se traslada con los mismos contornos a la esencialidad en sentido procesal.” CARRETTA MUÑOZ, Francesco. *Ibidem*.

⁹⁹ “La operación es simple de verificar y aplicar. Si los trámites fundamentales no se cumplen, el ordenamiento ha previsto una sanción específica: la nulidad. No sucede así para la determinación del ejercicio del DNO, el cual está impregnado de condiciones subjetivas, siendo una de ellas: la difícil cualificación de la madurez del menor. Si esa condición no concurre, la ley no previó el mismo efecto establecido para la ausencia de una gestión adjetiva esencial. En realidad, tratándose dicho cometido de una facultad, como se pretende demostrar aquí, el ordenamiento jurídico no estableció ninguna consecuencia. Por ello, no puede haber una transmisión de la cualidad inherente del derecho de fondo al acto procesal donde ese derecho se ejecuta, si una norma no lo dispone expresamente.” CARRETTA MUÑOZ, Francesco. *Op. Cit.* p.414.

Pero de ello se sigue, entre otras cosas, el derecho a ser emplazado y participar de estos de alguna manera con los mismos derechos y garantías (sino más) que el resto de los intervinientes, pues las infracciones a estos derechos y garantías sí acarrearán consecuencias tales como la nulidad cuando se omiten trámites esenciales.

4) Observancia y tutela del derecho del niño a ser oído en la justicia de familia chilena.

4.1. Parámetros para medir su observancia y tutela. Escala de participación.

Habiéndonos referido ya al concepto del derecho del niño a ser oído en su dimensión adjetiva, su recepción en el ordenamiento jurídico nacional y ciertos criterios acerca de este esbozados por nuestros tribunales superiores de justicia, estamos en condiciones de analizar de qué manera se observa o tutela el mismo en nuestra justicia familiar.

Para ello, siguiendo los criterios y definiciones utilizadas en el presente trabajo, sin duda debemos remitirnos al concepto de “participación”, como herramienta básica de medición de la real observancia de este derecho. En tal sentido, resulta sumamente tentador utilizar una escala de participación como la propuesta por Roger Hart (ya explicada anteriormente en este trabajo)¹⁰⁰. Sin embargo, dicha escala fue elaborada considerando la participación del niño en todos los ámbitos de su quehacer y no es específica en cuanto a la participación de los niños en los procesos judiciales en que tienen un interés. Por ello, humildemente, propongo utilizar una escala distinta, que parte de la “no participación” y termina en la “participación plena”:

¹⁰⁰ Cfr. Pág. 28, Parr. 2 del presente trabajo.

- a) No participación: El niño no tiene la posibilidad de ser oído ni de participar de modo alguno en la toma de decisiones en el proceso;
- b) Participación parcial: El niño tiene, eventualmente, la posibilidad de emitir su opinión (de manera directa o en forma vicaria), pero no participa o no puede participar en la construcción del caso; y
- c) Participación plena: El niño tiene la posibilidad de participar en todas las instancias del proceso (incluso iniciarlo él mismo) y cuenta con ayuda letrada de su confianza en defensa de su interés manifiesto.

Acto seguido, analizaremos, en base a la escala propuesta, las materias que son competencia de los tribunales de familia, clasificándolas en dos grandes grupos:

- a) Causas que se ventilan de conformidad con las normas del procedimiento ordinario; y
- b) Causas que se ventilan de conformidad con las normas de procedimientos especiales.

4.2. Observancia y tutela del derecho del niño a ser oído en las causas que se ventilan de conformidad con las normas del procedimiento ordinario.

Las dos preguntas que deberíamos formular (y luego responder) para afirmar o descartar si existe, actualmente, la posibilidad de participación plena del niño en este procedimiento y respecto de estas materias, son las siguientes:

- a) ¿es posible que el niño pueda dar inicio al procedimiento por su cuenta, sin el ministerio u autorización de otra persona?; y

b) ¿es posible que el niño pueda contar con asistencia jurídica letrada y de su confianza, que defienda su interés manifiesto durante toda la secuela del juicio?

De una primera lectura de la referida ley, no se contemplaría ninguna de estas dos posibilidades, en ningún caso, tratándose del procedimiento ordinario. Sin embargo, existe una norma que podría interpretarse en un sentido tal que permitiría responder afirmativamente, al menos, a la segunda pregunta.

En cuanto a la primera, el legislador no solo no contempla de manera explícita o tácita esta posibilidad. Al parecer, de hecho, quiso obturarla al derogar¹⁰¹ el artículo 36 de la Ley N°16.618 que, en su párrafo final nos señala que “Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el Juez de Letras de Menores.”

Si bien ya no existen dicha categoría de jueces, los continuadores naturales de ellos son los jueces con competencia en materia de familia, por lo que, de continuar vigente la norma, bien se podría haber interpretado la expresión “concurrir” utilizada en ella, en el sentido de recurrir al juez con la finalidad de formular peticiones concretas. De cualquier modo, semejante interpretación habría sido, al menos, discutible.

Paradójicamente, sí se encuentran perfectamente habilitados para dirigirse ante el Comité de los Derechos del Niño¹⁰² alegando presuntas vulneraciones de los derechos contenidos tanto en la Convención como en sus dos Protocolos facultativos sustantivos del año 2000. Cabe recordar que el referido Comité está dotado de una facultad cuasi jurisdiccional, al reconocérsele la posibilidad de recibir y resolver quejas individuales presentadas por sujetos o grupos de sujetos incluyendo, por cierto, a los niños.

¹⁰¹ Este artículo fue derogado expresamente por el N° 5 del artículo 121 de la Ley N° 19.968, publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004.

¹⁰² RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y CONTRERAS ROJAS, Cristián. “El protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Estudio a la luz de su aplicabilidad, Estudios Constitucionales, Año 17, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Chile, ISSN 07180195, 2019, pp. 225-264.

La norma que podría permitirnos, eventualmente, responder de manera afirmativa a la segunda pregunta, es la contenida en el artículo 22 de la Ley N°19.968 relativa a la potestad cautelar de la judicatura de familia.

En lo pertinente, la norma señala que “en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes.”

Pues bien, no existiendo una limitación en la norma, relativa a un listado taxativo de medidas cautelares posibles, bien podría un magistrado en el ejercicio de esta facultad, decretar la medida cautelar de designar uno o más abogados para que representen los intereses manifiestos de los niños involucrados en el procedimiento.

Sin embargo, no logré encontrar en el curso de la presente investigación algún caso en que se haya dictado una medida cautelar semejante. No obstante, me parece que la magistratura estaría perfectamente habilitada para ello, logrando así vía potestad cautelar, incorporar a nuestro sistema un nuevo actor: el abogado del niño.

Ello nos permitiría, sin necesidad de un cambio legislativo, lograr acercarnos un poco más a la participación plena de los niños en esta clase de procedimiento. Sin embargo, esto no es lo que ocurre en la realidad hoy.

En la práctica, en la generalidad de los casos, la participación de los niños debe enfrentarse a 2 poderosos rivales: el modo en que algunos jueces interpretan el principio del interés superior del niño, estimando como lesivo a este, cualquier grado de participación de los niños, sobre todo los más pequeños. El segundo rival, es aún más poderoso. Se trata del principio de colaboración descrito en el artículo 14 de la Ley N° 19.698.

4.2.1. Conflicto entre el interés superior del niño y su derecho a participar activamente del proceso.

Como se advertía en el primer capítulo, existe un conflicto o antinomia, real o aparente, entre el principio del interés superior del niño y el derecho de este a ser oído, conflicto que suele saldarse inclinándose por el primero en desmedro del segundo, no obstante, se trata de un principio versus un derecho. Es bastante común ver en primera instancia como, para gran parte de la magistratura, el oír al niño es solo una formalidad con la que deben cumplir, siempre y cuando no se pongan de acuerdo antes los adultos.

Es de extraña ocurrencia en estos procesos que se cite inmediatamente al niño a ser oído. Normalmente se deja este trámite para el final, insisto, de no mediar acuerdo previo entre “los adultos”. El nombramiento de un curador *ad litem* en la primera resolución, resulta igualmente esquivo salvo en los juicios de cuidado personal en los que, de todos modos, cumplen generalmente un rol bastante reducido, casi como el de un segundo consejero técnico.

Si el conflicto fuere real, como ya vimos en el primer capítulo, un derecho debe prevalecer siempre sobre un principio. Pero el conflicto no es del todo real.

En efecto, el Comité de los Derechos del Niño, en su observación general N°14, precisamente relativa al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, ya en su párrafo 4° nos advierte que “[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.”

Acto seguido, en el párrafo 43 se señala que: “La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su

opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12.

Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”

El párrafo 44 es aún más decidor, pues se refiere directamente a este supuesto conflicto: “Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art. 5). El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión.”

Dicho de otro modo, el conflicto que visualiza el Comité no se refiere a optar entre una cosa y otra. Tanto el interés superior del niño como su derecho a ser oído deben estar presentes. Solo otorga reglas de ponderación entre uno y otro dependiendo de los factores que se indican.

Siguiendo a Eekelar¹⁰³ en este punto, se debe lograr conciliar el principio del interés superior del niño con la idea de que este es poseedor de derechos.

Recomienda para ello una reconstrucción del referido principio mediante dos métodos distintos: la “Objetivación” y “Auto determinismo dinámico”. En síntesis lo que propone es imaginarse un proceso de toma de decisiones acerca del niño como si el referido principio se hubiese removido completamente de la ecuación para luego inyectarlo de parámetros objetivos (como los que provee la ciencia) en desmedro de los elementos subjetivos (creencias y experiencias personales) que según él normalmente lo informan, para luego sopesar estos elementos objetivos con el auto -determinismo dinámico cuya idea es bastante similar a lo que conocemos como “autonomía progresiva”, de suerte tal que para Eekelar perseguir el interés superior del niño implica, necesariamente, tomar en seria consideración su interés manifiesto al momento de tomar una decisión que haya de afectarle.

Así las cosas, el referido problema solo se suscitará una vez ejercido el derecho por parte del niño de participar activamente, si lo desea, del caso. Pero en ningún caso antes de que acontezca lo anterior.

Finalmente, en el párrafo 45 el referido Comité refuerza esta idea: “El Comité recuerda que el artículo 12, párrafo 2, de la Convención establece el derecho del niño a ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte (véase también la sección B del capítulo V).”

Resulta, entonces, meridianamente claro, al menos para el Comité de los Derechos del Niño, que el hecho de que el niño sea oído es parte integral y

¹⁰³ EEKELAR, John. “*The interests of the child and the child's wishes: the role of Dynamic Self-Determinism*”, International Journal of Law and the Family, N°8, Oxford University Press, Reino Unido, 1994, pp. 42-61.

fundamental del respeto a su interés superior. Si no se cumple con lo primero, se sigue que tampoco se cumple con lo segundo.

4.2.2. Conflicto entre el principio de colaboración y el derecho del niño a participar activamente del proceso.

El segundo rival de la participación de los niños en la toma de decisiones relativas a sus derechos es en mi opinión, como adelantaba, el principio de colaboración¹⁰⁴.

Si bien es absolutamente deseable que los conflictos de orden familiar sean resueltos de la forma más pacífica y acordada posible, esto no puede ni debe ser a costa de la oclusión de los derechos fundamentales del niño, entre ellos, el de ser oído y tomado en consideración.

Perfectamente, los padres de un niño pueden llegar a un acuerdo sobre su cuidado personal mediante escritura pública (o una simple acta) y proceder directamente a su subinscripción en el Servicio de Registro Civil, sin un control jurisdiccional previo.

Lo propio ocurre en esta y otras materias en que, tanto un acuerdo a que se arriba en un proceso de mediación o en una transacción a que arriben las partes en que, si bien existe un control jurisdiccional, este se limita sencillamente a la dictación de una resolución que aprueba dichos acuerdos en todo lo que no sea contrario a Derecho. Lo mismo ocurre respecto de la aprobación de acuerdos regulatorios en los casos de divorcio de común acuerdo.

¹⁰⁴ Establecido en el artículo 14 de la Ley N° 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.”

No existe de modo alguno un mecanismo que se utilice, actualmente, para cerciorarse de que la opinión del niño fue oída o tomada en consideración en alguna etapa de la toma de decisiones. Lo mismo ocurre si las partes llegan a un avenimiento en audiencia. Sencillamente, el tema termina ahí y como quiera que ninguna de las partes va a recurrir respecto de un acuerdo a que voluntariamente llegó, tampoco es posible que los tribunales superiores de justicia puedan enmendar tamaña dejación.

Por cierto, un mecanismo posible para impedir esta clase de situaciones es el reconocimiento del niño como sujeto procesal, con todo lo que ello implica. En especial, de contar con la capacidad recursiva que le permita cuestionar o invalidar tales decisiones.

En tal sentido, resulta interesante lo sostenido por la profesora Lathrop¹⁰⁵, quien, comentando ante la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes del Senado el proyecto de ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, señaló lo siguiente:

“El sistema que establece el proyecto debe completarse relevando la calidad de sujeto procesal del NNA. El proyecto reconoce el derecho del NNA al debido proceso y a contar con la debida asistencia jurídica. Sin embargo, las normas que ajusten el funcionamiento del sistema deben referirse necesariamente a la comparecencia del NNA en juicio, permitiendo que el NNA, por sí mismo, pueda ejercer sus derechos, reconociéndole su calidad de parte. La asistencia letrada no debiese admitir excepciones en materias de cuidado personal, relación directa y regular, procedimientos de protección de derechos, acción de tutela -de existir esta- y susceptibilidad de adopción.”

En síntesis, mientras no se le reconozca al niño el derecho al debido proceso, a ser considerado como un sujeto procesal y a contar con los beneficios que esto

¹⁰⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “Comentarios FL Ley de Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez Comisión especial Senado”, Thomson Reuters, 2017, CL/DOC/1394/2017, pág. 6.

conlleva, estamos claramente -en las situaciones descritas y dentro de la escala sugerida- frente a casos de no participación.

Hechas estas consideraciones, examinaremos cómo se manifiesta la participación de los niños en las causas ventiladas conforme a las reglas del procedimiento ordinario.

Como primera cuestión, se debe señalar que la participación de los niños en juicio ocurre normalmente de dos maneras distintas. Una es de forma directa, en lo que se conoce como “audiencia reservada”, y de manera vicaria, a través de la designación de un curador *ad litem*.¹⁰⁶

Lamentablemente, la Corporación Administrativa del Poder Judicial no lleva la estadística exacta de la cantidad de audiencias reservadas que se efectúan ni en qué casos. Tampoco existen estadísticas similares respecto de la designación de curadores *ad litem*, de modo que la información más cercana e intuitiva de cómo funcionan ambas instancias, de mi parecer, se puede extraer de un brillante trabajo de investigación realizado en 2011 por las profesoras Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus¹⁰⁷, de un interesante estudio de campo¹⁰⁸ efectuado por dos trabajadoras sociales y un abogado (todos chilenos) en el año 2015 y del prolijo

¹⁰⁶ Las profesoras Vargas y Correa consideran la existencia de una tercera: Los peritajes e informes diagnósticos. Quien suscribe, discrepa de las autoras por cuanto dichos informes, normalmente producidos por las partes, no cumplen con las garantías mínimas como para asegurar la idoneidad e imparcialidad necesarias, amén de no poder tener certeza si lo que informan -respecto de la opinión del niño- es veraz. Es muy común su utilización como prueba preconstituida de la parte que lo presenta y posiblemente dirigidos en su confección. En cuanto a las pericias, si bien está presente también la duda de la imparcialidad del perito y la veracidad de lo que reportan sobre lo que el niño les habría informado, les asigno un valor mayor, pero con la gran desventaja de que se presentan en la audiencia de juicio. Es imperativo que el niño sea oído desde el principio del proceso. De otro modo, no se cumple con la posibilidad de que pueda participar en la construcción del caso. Cfr. VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. *Op. Cit.* 2011, pág. 191.

¹⁰⁷ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. *Op. Cit.* 2011, pp. 177-204.

¹⁰⁸ SALUM ALVARADO, Elena; SALUM ALVARADO, Sara y SAAVEDRA ALVARADO, Ricardo. “Derecho de los niños y niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial.” *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 26, EISSN: 2215-4221, 2015, pp. 53-78.

análisis estadístico realizado por doña Jimena Pinto Salazar¹⁰⁹ el año 2019, en el cual, cruzando la información y estadísticas disponibles en el sitio web de la referida corporación¹¹⁰, arriba a ciertas conclusiones respecto de la operatividad de ambas instituciones.

También utilizaré los datos obtenidos -de manera directa- y citados en su respectiva tesis de grado, de Andrea González Valderrama¹¹¹.

Analizaremos ambas formas de participación por separado.

5) La audiencia reservada.

La “audiencia reservada”, a veces denominada también como “audiencia confidencial”, no se encuentra regulada en la Ley N°19.968 (ni en ninguna otra).

Sí existe un Acta¹¹² dictada por el pleno de la Excma. Corte Suprema que regula algunos aspectos de ella. Se trata de una instancia en la que el juez, en ausencia de las partes y sus abogados, se reúne con el niño, normalmente asistido por miembros de su consejo técnico y en presencia del curador del niño (si fue nombrado).

Los resultados de dicha audiencia, si bien es grabada, no pueden ser conocidos por las partes, salvo en términos generales e inespecíficos.

¹⁰⁹ PINTO SALAZAR, Jimena. “El niño: sujeto de derechos en la justicia de familia. El derecho a ser oído en Chile”, 1ª Edición, “Editorial Hammurabi”, ISBN: 978-956-6022-30-5, 2019, pp. 302-368.

¹¹⁰ Se encuentra en <https://www.pjud.cl/capj>.

¹¹¹ GONZÁLEZ VALDERRAMA, Andrea. Análisis crítico del rol del curador ad litem en la justicia de familia [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2017, pp.124. [Fecha consulta: 25 de noviembre 2020]. Disponible en <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146474>>

¹¹² REPÚBLICA DE CHILE, Corte Suprema, Acta N°237-2014, 2014, pp. 7. [en línea] <http://decs.pjud.cl/acta-n237-2014/> [Consulta: 24/11/2020].

Como quiera que no se encuentra regulada, lo que se ha de indagar o practicar en ella depende exclusivamente del criterio de quien la dirige. Así, como se desprende del estudio de las profesoras Vargas y Correa¹¹³, algunos magistrados la practican como un interrogatorio, otros como un diálogo. Algunos buscan indagar elementos de prueba, otros orientar y aconsejar al niño y los menos, indagar sus deseos e intereses particulares.

Se trata del único medio de percepción directa e inmediata de la voz del niño, por lo que su importancia debiese ser capital. Sin embargo, no se trata de un mecanismo que se utilice profusamente¹¹⁴ y no siempre se cuenta con la infraestructura o las competencias técnicas¹¹⁵ requeridas para recoger correctamente la voz del niño¹¹⁶.

De otra parte, existe una cierta reluctancia a decretarla cuando las partes se encuentran de acuerdo, cuando los niños son muy pequeños, cuando se trata de causas de baja complejidad o cuando se trata de materias en que el juez no estima

¹¹³ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. *Op. Cit.* 2011, pp. 187-189.

¹¹⁴ La autora llega a esta conclusión, en base a que las audiencias reservadas, no cuentan con una nomenclatura específica en las estadísticas de la Corporación Administrativa del Poder Judicial por lo que se incluyen bajo el nombre de "Citación a Audiencia", nomenclatura general que permite programar una audiencia que no es preparatoria ni de juicio. Las audiencias citadas bajo esta nomenclatura corresponden, el año 2011, a 222 de un total de 305.391, lo que permite inferir su baja prevalencia. Cfr. PINTO SALAZAR, Jimena. *Op. Cit.*, 2019, pp. 248-249.

¹¹⁵ Así se refirió una de las magistrados entrevistadas sobre el particular: "Las audiencias confidenciales son las que toma el juez cuando escucha al niño. Ojalá que lo haga en presencia de un funcionario del equipo técnico-psicosocial, para preguntar como corresponde porque nosotros tampoco tenemos mucha formación en cómo hacerlo. Nosotros somos abogados, un poco fríos, alejados del mundo social y psicotécnico, entonces, a quienes nos interesa y apasiona este mundo, hemos tenido que aprender técnicas de entrevista con niños, qué hay que preguntar y qué no hay que preguntar." Cfr. SALUM ALVARADO, Elena; Et. Al., *Op. Cit.*, 2015, pág. 69.

¹¹⁶ "Advertimos aquí un nudo central: ¿cómo resguardar el derecho a la libertad de expresión e intimidad de los niños y a la vez, generar las condiciones para que haya evidencia del peso que se le dio a la opinión entregada en el marco de una audiencia reservada? Lo anterior –sumado a la carencia de competencias adecuadas para recoger la voz de los niños, cuestión que los propios jueces reconocen– ha significado que algunos de ellos opten derechamente por no oír a los niños o que lo hagan en forma indirecta, esto es, a través de otros profesionales, como consejeros técnicos o peritos." "... muchas veces yo no hago audiencias a niños, si no que tomo en cuenta el interés del niño a partir de la opinión que me da la consejera técnica de lo que el niño le dijo a ella". Jueza de familia, Santiago. Cfr. VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. *Op. Cit.* 2011, pág. 190.

valiosa su opinión¹¹⁷. Así, es mayor la probabilidad de que se decrete este tipo de audiencias, a mayor edad del niño y en materias de carácter no patrimonial. A la inversa, no logré encontrar un solo caso en que un niño de 5 años haya sido oído a propósito de un juicio sobre alimentos.

Tampoco se trata de un trámite que suela repetirse durante el proceso, decretándose, normalmente una sola vez y cerca del final del juicio¹¹⁸, con una duración promedio de entre 10¹¹⁹ y 20 minutos¹²⁰ (según los cálculos más optimistas).

Su ventaja principal es la intermediación. El niño interactúa directamente con el juez. Sin embargo, las desventajas son muchas. En primer lugar, parece ser un *mínimum* bastante pobre como para dar por cumplido el derecho del niño a participar del proceso. Más si se practica después de la audiencia preparatoria -cuestión común en mi experiencia- ya que de la audiencia reservada el juez podría resolver incorporar nuevos hechos a probar, acordes a lo expresado por el niño, decretar diligencias de prueba y/o medidas cautelares, así como determinar la necesidad de que cuente con asistencia letrada. En segundo lugar, si se carece de las competencias adecuadas es un ejercicio de futilidad y finalmente, porque los magistrados utilizan el rango etario como factor para restringir el uso de esta herramienta, excluyendo a los niños más pequeños¹²¹.

¹¹⁷ De este modo se refirió al tema otra magistrado entrevistada: “A niños con...menos de cinco años es muy raro que yo los cite a audiencia confidencial, y si es que fuera así, yo me resto de esta audiencia y la hace en presencia mía el consejero técnico, específicamente un profesional del área de la psicología, y para niños mayores va depender de la materia que se discuta y de la autonomía que el niño tenga”. Cfr. SALUM ALVARADO, Elena; Et. Al., *Op. Cit.*, 2015, pág. 70.

¹¹⁸ Excepcionalmente, se da la situación que se oiga a los niños en segunda instancia, como en los casos que cita la Magistrado Greeven. Cfr. GREEVEN BOBADILLA, Nel, “Filiación: Derechos fundamentales y problemas de su actual normativa”, 2ª Edición, Librotecnia, ISBN: 978-956-327-106-5, 2017, pp. 145-146.

¹¹⁹ Las autoras sostienen que tienen una duración de entre 10 y 15 minutos. Cfr. VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. *Op. Cit.* 2011, pág. 188.

¹²⁰ El promedio de duración de las audiencias, en su conjunto, es de 19 minutos. Las incluidas bajo la nomenclatura “Citación a Audiencia”, donde supuestamente se incluyen las audiencias reservadas, tienen un promedio de duración de 20 minutos. Cfr. PINTO SALAZAR, Jimena. *Op. Cit.*, 2019, pág. 249.

¹²¹ “Si bien no hay rangos ni edades prefijadas, se advierte que los niños pequeños (menores de 5 años) son rara vez oídos en juicio. La escucha se sitúa desde los 6 ó 7 años en adelante y,

Es posible observar, en todo caso, que las entrevistas con niños generan controversias no solo en el ámbito familiar, sino que también en otros ámbitos del quehacer jurídico y muy especialmente en el ámbito penal. En nuestro país, fundaciones como “Amparo y Justicia” se han dedicado permanentemente al tema, buscando mejorar la calidad de las entrevistas e intentando evitar la revictimización o victimización secundaria de los niños, editando en 2016 un libro que contiene orientaciones técnicas respecto de las entrevistas con niños¹²². Si bien su orientación se relaciona con las entrevistas que se realizan en el ámbito penal, varias de sus recomendaciones y protocolos coinciden con los elaborados -a mi juicio, de manera un poco más rudimentaria- por la Excelentísima Corte Suprema de nuestro país¹²³.

Otro estudio para revisar es uno interdisciplinario, hecho por varios autores y coordinado por el Doctor en Derecho y Magistrado de Barcelona, Xabier Abel Lluch. Entre otros aportes, resulta interesante el modelo de acta para el desarrollo de audiencia con niños, que incluye un listado de pasos y de preguntas posibles, amén de directrices de comportamiento para el entrevistador¹²⁴.

Existe un solo caso en que la entrevista, reservada o no, por producir un efecto cuasi – vinculante, puede estimarse como un ejemplo de participación casi plena. Este se da en la eventualidad que se ventile un juicio de adopción respecto de un menor adulto. En efecto, la norma prescribe que:

“Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.

a juzgar por los audios, con una fuerte presencia de niños de entre 10 a 14 años.” Cfr. VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. *Op. Cit.* 2011, pág. 190.

¹²² FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA. “Entrevista investigativa videograbada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales: fundamentos y orientaciones técnicas basadas en evidencia internacional”, Ediciones Universidad Católica de Chile, ISBN 978-956-14-1963-6, 2016, pp. 173.

¹²³ REPÚBLICA DE CHILE, Corte Suprema, *Op. Cit.* 2014.

¹²⁴ VV.AA. “La audiencia del menor en los procesos de familia”, Editorial Jurídica Sepín, ISBN: 978-84-17788-77-3, Madrid, España, 2019, pp. 163-165.

Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento.”¹²⁵

Es decir que, de una parte, el juez está verdaderamente obligado a escuchar al menor adulto para consignar su anuencia o negativa a la referida adopción. Dada la claridad de la norma al respecto, en opinión de este autor, la omisión de este trámite sí haría procedente un recurso de casación. Lo mismo si, consignada su renuencia, el juez decide proceder igualmente con la tramitación y no logra explicar de un modo satisfactorio, en qué medida su decisión favorece o favorecerá el interés superior del niño, o sencillamente no consigna los motivos invocados por el niño para el referido rechazo.

Se trata, a mi entender, de una norma acertada, aunque limitada a un pequeño segmento etario, que bien podría incorporarse al procedimiento ordinario (ojalá con mayor amplitud) en el futuro.

6) El curador *ad litem*.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua¹²⁶ asigna a la voz “curador”, cuatro acepciones distintas, de las cuales, la tercera parece relevante a estos propósitos:

¹²⁵ Ver artículo 3º, REPÚBLICA DE CHILE. Ley N° 19.620, “Dicta normas sobre adopción de menores”, 1999.

¹²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la lengua española”, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 24/11/2020].

“Persona designada por resolución judicial para complementar la capacidad de determinadas personas que la tienen limitada.”

Dicho de otro modo, un incapaz relativo, como lo es un menor de edad en Chile, ve complementada o incrementada su capacidad con la designación de un curador. Fuera de ello, no aporta mayores antecedentes relevantes para la presente investigación.

Por su parte, el Código Civil¹²⁷ en su artículo N°338 define -conjuntamente- a los tutores y curadores del modo siguiente:

“Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores.”

Esta definición refuerza la idea de que procede esta institución respecto de incapaces -absolutos o relativos-, pero no ya para complementar su capacidad disminuida o inexistente, sino para darles la protección debida y siempre a falta de padre o madre que ejerza potestad respecto de ellos, o si por algún motivo no pueden ejercer esta función. Pero esto corresponde a la definición de “guardadores” en general. Respecto de la curaduría *ad litem*, existe una norma específica¹²⁸:

“Los curadores para pleito o ad litem son dados por la judicatura que conoce en el pleito, y si fueren procuradores de número no necesitarán que se les discierna el cargo.”

¹²⁷ *Op. Cit.* REPÚBLICA DE CHILE, 1855.

¹²⁸ *Ibidem*, artículo 494.

Finalmente, en materia de familia, la figura del curador *ad litem* encuentra su fundamento en el artículo 19 de la Ley N°19.968¹²⁹. Este señala en concreto que:

“En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive.”

Del análisis armónico de la definición propuesta por la Real Academia de la Lengua, el Código Civil -de modo general y particular- y la norma citada precedentemente, podemos colegir respecto del curador *ad litem* -como idea amplia- que:

¹²⁹ *Op. Cit.* REPÚBLICA DE CHILE, 2004.

- a) **Se trata de una curaduría especial.**¹³⁰Abarca exclusivamente un negocio del pupilo en específico: un litigio determinado;
- b) **Es siempre dativa.** Es decir, debe “darse por la judicatura”. Esto excluye, desde luego que sea un ente distinto (o el propio pupilo) quien pueda designarlo; y
- c) **Tiene un carácter supletorio.** En general, procede a falta de padre o madre que detente la *patria potestas* del pupilo, o que por algún motivo no puedan darle la protección debida.

Sin embargo, el curador *ad litem* en materias de competencia de los juzgados de familia tiene ciertas particularidades respecto del curador *ad litem* en general. Así:

- a) **Procedencia en todos los casos en que el interés del niño se encuentre involucrado.** Los casos en que procede en materia civil en general son más bien acotados. No sucede lo mismo en esta ley especial;
- b) **Procede respecto de personas capaces e incapaces.** Al hablar el legislador de “de niños, niñas, adolescentes, o incapaces”, cabe deducir que los “incapaces” son una categoría distinta de los “niños, niñas y adolescentes” de suerte tal que, no obstante, las reglas de capacidad fijadas en general en el Código Civil, para los efectos de esta ley, debiésemos entender -por la distinción antes referida- que se los reconoce (al menos en una dimensión procesal, como capaces);
- c) **El curador es siempre un abogado.** El Código Civil no contiene semejante obligación. De hecho, de la historia fidedigna de la Ley N° 19.968¹³¹ podemos

¹³⁰ Se encuentra ubicada dentro Título XXIX, del Libro I del Código Civil que lleva por nombre, precisamente “DE LOS CURADORES ESPECIALES”. *Op. Cit.* REPÚBLICA DE CHILE, 1855.

encontrar que, en su redacción primigenia, el referido artículo se refería a una “persona idónea”, no a un abogado. La interpretación que uno podría darle a este cambio es que el legislador intentó dotar al niño de una suerte de defensa técnica;

- d) **El abogado debe pertenecer a alguna de las instituciones que la ley señala.** Es decir, el juez no puede designar a ningún abogado -por más apto e idóneo que sea- como curador *ad litem*, si no forma parte de las referidas instituciones. Esto me parece una limitante exagerada e innecesaria. Debiese bastar con que el abogado en cuestión cuente con las aptitudes, conocimientos, disposición y experiencia necesarios, para que la magistratura pudiese nombrarlo en el cargo. Esto ayudaría a liberar la carga de trabajo de las referidas instituciones y podría redundar en una mejor representación del niño;
- e) **Sus potestades exceden las del juicio en que fueron designados.** Se incluye expresamente el ejercicio de la acción penal contenida en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal¹³² en nombre de su pupilo, vale decir: actuar como querellante en su nombre; y
- f) **Tiene un carácter supletorio discutible.** Si bien la ley contempla su designación -excepcionalmente- para dos eventos: En los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. Sin embargo, es posible sostener -y así lo ha sostenido este autor a lo largo del presente trabajo- que los niños, en cuanto sujetos de derecho, siempre han de tener un interés independiente de cualquier otro individuo, representante legal o no, de modo, sin perjuicio de que el referido interés puede coincidir total o parcialmente con los de las partes en litigio, de lo que no se sigue, en ningún caso, que ese interés sigue siendo

¹³¹ Boletín 2118-18 Cámara de Diputados. Informe de Comisiones Unidas en Sesión 4. Legislatura 349, 16 de abril, 2003. <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5746/> [En línea] [Consulta 27 de noviembre de 2020].

¹³² Cfr. REPÚBLICA DE CHILE, “Código Procesal Penal”, 2000.

independiente. Siguiendo este razonamiento, debiese bastar con que se ventile un asunto en que el niño tenga un interés para que la designación del curador fuese obligatoria. Huelga decir que, en la práctica, esto no sucede así.

La redacción del artículo 19 antes citado, es lo suficientemente amplia como para que el juez pueda designar un curador para todos los casos (y que el curador designado participe tan activamente del proceso como desee), pero lo suficientemente ambigua, como para que la magistratura prescinda de esta figura con extrema facilidad (o que el curador limite su actividad procesal al mínimo). Esto, evidentemente, no favorece ni la participación ni la correcta defensa de los intereses (superior y/o manifiesto) del niño.

Lo anterior resulta particularmente grave si consideramos que, para gran parte de la magistratura (incluso en nuestros tribunales superiores¹³³), el curador *ad litem* en ocasiones funge con el rol de vocero de la supuesta voz del niño.

Pero más allá de lo referido precedentemente, importa describir cómo funcionan estos actores del sistema en nuestra realidad actual. Para ello, nuevamente recurriremos al excelente trabajo de las profesoras Vargas y Correa¹³⁴ que nos describen esta institución del siguiente modo:

“Se pudo detectar que la figura del curador ad litem creada por la Ley 19.968 opera –aunque con bajísima incidencia– como mecanismo de recuperación de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derechos. Sin embargo, no pudimos detectar los criterios que utilizan los jueces para su designación, pues no consta en audios ni en actas de audiencias las razones de ello.

¹³³ Ver análisis del fallo analizado en profundidad en el presente trabajo en pp.39-47. I. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sexta Sala. Rol N°3113-2016.

¹³⁴ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. *Op. Cit.* 2011, pp. 192 – 193.

En general, los jueces y consejeros técnicos entrevistados consideran que se trata de profesionales con vocación, pero por limitaciones institucionales y de tiempo no cumplirían adecuadamente su rol.”

Luego, concluyen que:

“Consideramos que esta figura tiene un interesante potencial que parece estar desaprovechado por problemas institucionales. Dado que la ley no entrega pistas acerca del modelo adoptado –si se trata de un guardián ad litem, de un abogado que representa el Interés Superior del Niño o de un abogado del niño–, existe un amplio margen de acción que permitiría explorar la aplicación de un modelo de defensa jurídica y de representación especial de los niños, otorgándoles mayores grados de participación en las distintas etapas del proceso.”¹³⁵

De conformidad con los datos aportados por la Dirección Zonal Sur de la Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana correspondientes al año 2016 a la -entonces- tesista Andrea González¹³⁶, arroja que de las 2097 designaciones de curadores de dicha zonal, 2024 correspondían a causas por vulneración de derechos. En la Zonal Norte, en tanto, de 2016 designaciones, 1856 correspondieron precisamente a la misma materia.

Solo en algunos casos -muy escasos- se los designó para asuntos de cuidado personal o relación directa y regular, y muy rara vez para otros asuntos de tramitación ordinaria.

En síntesis, en el procedimiento ordinario de nuestra justicia de familia, la designación de un curador *ad litem* está lejos de ser la norma. Más bien es la excepción. Como quiera que su función está descrita de manera vaga y ambigua en la ley, operan cumpliendo desde un rol testimonial hasta -en pocos casos, según mi experiencia- el rol de un verdadero abogado del niño.

¹³⁵ *Ibidem*. Pág. 193.

¹³⁶ *Op. Cit.* GONZÁLEZ VALDERRAMA, Andrea. 2017, pp.71-72.

Sumado esto al hecho que, de acuerdo con la autora citada precedentemente, se repartían en 2016 la friolera de 2092 causas, solo entre cuatro abogadas, con un promedio de 82 causas nuevas cada mes¹³⁷ (insisto, la mayoría por vulneración de derechos), es posible inferir que en causas de menor complejidad relativa, la interacción del curador con su pupilo se reduce al mínimo posible, por lo que difícilmente en estas materias pueda ser considerado como una defensa técnica efectiva y menos como un vocero de un niño al que, eventualmente, nunca llegan a conocer. Así, como forma de participación o de recoger la voz del niño de forma mediatizada, parece ser deficiente para esta clase de procedimiento.

En este orden de cosas, no me parece temerario arribar a las siguientes conclusiones preliminares respecto de la participación de los niños en el procedimiento ordinario:

- a) Su participación, de acuerdo con la escala propuesta, va de la no participación a una participación parcial imperfecta (resaltando como único caso a destacar, el del menor adulto en las causas de adopción) y cuenta como principales obstáculos, la edad del niño, la materia que se trata, la interpretación que algunos magistrados le dan al principio del interés superior del niño y, por último, el principio colaborativo;
- b) Las dos formas de participación con que cuentan los niños (una directa, la otra vicaria) se aplican de manera insuficiente y defectuosa en el procedimiento ordinario; y
- c) La magistratura, vía una interpretación en favor de los intereses de los niños, bien podrían utilizar la amplia potestad cautelar de que goza, para asegurar la tutela efectiva de este derecho.

¹³⁷ *Ibidem*. Pág. 77.

7) Observancia y tutela del derecho del niño a ser oído, en las causas que se ventilan de conformidad con las normas de los procedimientos especiales.

Aquí podemos partir formulándonos las mismas dos preguntas que en el subcapítulo anterior, a propósito de la posibilidad de participación plena del niño en estos procedimientos y respecto de estas materias:

- a) ¿es posible que el niño pueda dar inicio al procedimiento por su cuenta, sin el ministerio u autorización de otra persona?; y
- b) ¿es posible que el niño pueda contar con asistencia jurídica letrada y de su confianza, que defienda su interés manifiesto durante toda la secuela del juicio?

Pues bien, aquí sí podemos responder afirmativamente a la primera pregunta, aunque solo respecto de las causas de vulneración de derechos o de violencia intrafamiliar. Resulta lógico, en todo caso, que no ocurra así con las causas contravencionales, como quiera que en ellas el niño siempre es el sujeto pasivo de la acción.

Así, el artículo 70 de la Ley 19.968, prescribe en cuanto al inicio del proceso por vulneración de derechos que, en lo pertinente, “El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente”.¹³⁸

Cabe preguntarse si es posible que un niño pueda iniciar una causa de vulneración de derechos por infracción a su derecho a ser oído, su derecho al debido proceso o cualquiera de los derechos que tiene en su calidad de tal. De la lectura del artículo 68¹³⁹ de la referida ley, podría presumirse que sí:

¹³⁸ *Op. Cit.* REPÚBLICA DE CHILE, 2004.

¹³⁹ *Ibíd.*

“Procedimiento de aplicación de medidas de protección. En los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados, se aplicará el procedimiento contenido en el presente Párrafo”.

Pero si examinamos las posibles medidas de protección que el juez está autorizado a aplicar (aquí, a diferencia de lo que ocurre con la potestad cautelar del artículo 22¹⁴⁰, las medidas aplicables son exclusivamente las del artículo 71¹⁴¹ de la misma ley), podremos llegar a la triste conclusión de que el catálogo de derechos protegidos es mínimo y básico, propio de la doctrina de la situación irregular (que estamos lentamente abandonando) y no de las nociones actuales respecto de los derechos del niño como sujeto pleno de derechos.

Otro tanto, aunque de manera tácita, se advierte en el artículo 82 de la misma ley¹⁴². Los procesos relativos a violencia intrafamiliar pueden iniciarse por demanda o denuncia. Acto seguido se señala que “La demanda o denuncia podrá ser deducida por la víctima, sus ascendientes, descendientes, guardadores o personas que la tengan a su cuidado. La denuncia, además, podrá hacerse por cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motiven, a quien le será aplicable lo establecido en el artículo 178 del Código Procesal Penal¹⁴³. No obstante, la denuncia de la víctima le otorgará la calidad de parte en el proceso.”

Dicho de otro modo, el niño puede demandar o denunciar en cuanto “víctima” o en cuanto “persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motiven”. Nótese que si lo hace en la primera hipótesis se le reconoce la calidad de parte.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ “El denunciante no contraerá otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella. Tampoco adquirirá el derecho a intervenir posteriormente en el procedimiento, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponderle en el caso de ser víctima del delito.” Op. Cit. REPÚBLICA DE CHILE, 2000.

Con todo, se diga expresamente o no, en los procesos iniciados por el niño en materias de vulneración de derechos o las iniciadas en su contra en materia contravencional, parece de toda lógica considerarlo como parte de todos modos.

Respecto de la segunda pregunta, me remito a lo ya señalado a propósito de las materias que se ventilan conforme al procedimiento ordinario, con los siguientes matices:

- a) En el caso de los procedimientos contravencionales existe la posibilidad que los representantes legales del niño designen un abogado de su confianza en defensa de sus derechos. Si bien no es lo mismo que un abogado de confianza del propio niño, de todos modos, supera con largueza la asistencia letrada que se puede obtener de un curador *ad litem*;
- b) La prevalencia en el nombramiento de curadores en los procesos de vulneración de derechos (principalmente, como ya vimos) y de violencia intrafamiliar supera con largueza la de las materias que se ventilan conforme al procedimiento ordinario; y
- c) Tanto en los procesos por vulneración de derechos como de violencia intrafamiliar, existe la posibilidad de comparecer sin el patrocinio de un abogado, de suerte tal que (aun estimando, como lo hace este autor, que toda persona y en cualquier procedimiento debiese contar con asistencia letrada) se produciría una suerte de “igualdad de armas” si ninguno de los intervinientes es asistido jurídicamente.

No. Tampoco estamos en este escenario frente a lo que se pudiera calificar como una situación de participación plena, pero el derecho a acción y la mayor prevalencia de una asistencia letrada (aunque imperfecta), quizás nos acerca un poco más a ello.

Se señaló a propósito de las materias que se ventilan mediante las normas del procedimiento ordinario, que la participación del niño colisionaba con dos poderosos rivales. De una parte, la interpretación que dan los magistrados al principio del interés

superior del niño, estimando que la participación de este en el proceso pudiese serle lesivo. En tal sentido, todo lo señalado a propósito de las materias ventiladas conforme al procedimiento ordinario puede predicarse *mutatis mutandi* respecto de aquellas que se substancian mediante procedimientos especiales.

La diferencia se produce cuando nos referimos al segundo rival: el principio de colaboración o principio colaborativo. Por la naturaleza de las materias que se tratan en esta clase de procedimiento, las salidas colaborativas posibles son escasas y tenues. Por de pronto, ninguna de ellas es susceptible de ser resuelta en un proceso de mediación.

Aquí el rival es el *quantum*: ¿Qué tan grave debe ser la vulneración de derechos para tomar una medida? O ¿Qué grado de violencia, psicológica o física es necesaria para considerarla violencia intrafamiliar?

La respuesta, en mi experiencia, varía dependiendo de la condición socioeconómica y cultural del entorno en cuestión. Quizás eso sea correcto. Después de todo, las circunstancias que nos rodean determinan, de alguna manera, aquellas “líneas rojas” que no debemos cruzar. De otra parte, está la consecuencia de adoptar o no una determinada resolución. Por más que sea procedente, se debe procurar mejorar la situación del niño y no empeorarla: es decir, que el remedio no termine siendo iatrogénico. Se trata de un tema sumamente complejo que amerita una aproximación mucho más profunda que la que pretende abarcar el presente trabajo.

Finalmente, en cuanto a los modos de participación del niño, en cuanto víctimas o presuntos autores de hechos punibles, son básicamente las mismas que en el procedimiento ordinario, pero, nuevamente, con ciertos matices:

- a) Existe una mayor prevalencia, como ya se mencionó, de la designación de un curador *ad litem* para el niño. Todo lo dicho respecto de esta figura a propósito del procedimiento ordinario, en lo bueno y en lo malo, puede señalarse respecto de estos procedimientos;

- b) La posibilidad de que se pueda designar en los procesos contravencionales un abogado de confianza, al menos, de los cuidadores del niño, trasunta en una forma distinta -aunque todavía imperfecta- de garantizar su derecho a participación; y
- c) Muchas veces, por la naturaleza de los hechos ventilados, los informes psicológicos y sociales encargados directamente por el tribunal a organismos independientes bien podrían ser fuentes válidas, idóneas, imparciales y menos revictimizantes para el niño, de modo que, ponderando todas las situaciones en juego, bien podrían ser preferibles a una audiencia reservada, en cuyo caso -a diferencia de lo señalado por quien suscribe a propósito del juicio ordinario- bien podría considerárselas como una modalidad imperfecta, pero necesaria a falta de una mejor, de participación del niño en el proceso.

En resumen, es posible afirmar respecto la participación de los niños en los procedimientos especiales que, de acuerdo con la escala propuesta, va de la no participación a una participación parcial imperfecta, pero mejorada en relación a la del procedimiento ordinario, dada la posibilidad de acción, y cuenta como principales obstáculos, la edad del niño y la interpretación que algunos magistrados le dan a lo que consideran su interés superior.

CAPÍTULO III, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN CHILE. UNA REALIDAD, UNA PERSPECTIVA Y UN DESAFÍO.

1) Concepto y características del derecho a una tutela judicial efectiva.

La fascinación del autor por la noción de “tutela judicial efectiva”, al punto de ser parte del título que lleva el presente trabajo de investigación, no es casual. Nace de la admiración por la manera en que este concepto se encuentra imbuido de pleno en el ordenamiento jurídico español.

En el número 1 del artículo 24 de la Constitución del Reino de España¹⁴⁴, se consagra del modo siguiente:

“Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

De la referida norma, podemos inferir las características de este derecho:

- a) **Procede respecto de toda persona.** La norma en comento habla de personas en general. No distingue si deben ser o no parte de un proceso;
- b) **Protege todo derecho o interés legítimo.** De suerte tal que comprende todo el catálogo de derechos que pueda tener una persona y no exclusivamente sus derechos procesales;
- c) **Es un mandato directo a la judicatura.** Son los jueces, en general, los llamados a salvaguardar este derecho y velar por su cumplimiento, independientemente del impulso procesal de las partes; y

¹⁴⁴ REINO DE ESPAÑA. “Constitución Española”, 1978, pp. 54. <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>> [En línea] [Consulta 28/11/2020].

d) **Tiene como objetivo evitar la indefensión.** En este punto, me remito a la explicación respecto de la prohibición de indefensión de la Doctora María Aquilina Sánchez Rubio¹⁴⁵:

“El derecho constitucional a la no indefensión, aunque está presente en todo el proceso, es más relevante en la fase inicial del proceso, y la fase de notificaciones, la que más jurisprudencia ha suscitado por parte del T.C.

En su fase central o nuclear, la defensa por las partes de sus respectivas posiciones a través de los medios que consideren convenientes a su derecho, se produce indefensión cuando, por un motivo legalmente no previsto, o cuando previsto legalmente sea irrazonable o desproporcionado, se prive a las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se posibilite a una de ellas una situación prevalente con respecto a la contraria.

Son casos de indefensión entre otros: no suspender el juicio concurriendo una causa justificada para ello; no permitir alegaciones al que tenga un interés personal en el proceso; no facilitar intérprete a quien por ser sordomudo está incapacitado para seguir el proceso; privar a un imputado la condición de parte, etcétera.”

Como podemos observar, las hipótesis de indefensión pueden ser muchísimas. Nótese como la autora refuerza la idea de que no se trata de un derecho limitado a las partes, sino que indefensión es también “no permitir alegaciones al que tenga un interés personal en el proceso”.

2) Manifestaciones del derecho a tutela judicial efectiva en Chile.

¹⁴⁵ SÁNCHEZ RUBIO, María Aquilina. “Derecho a la tutela judicial efectiva. Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, ISSN-e 2695-7728, ISSN 0213-988X, N° 21, 2003, pp. 603-604.

2.1. En nuestra Constitución Política.

Desde luego, no contamos en nuestra Constitución con una norma que se parezca o acerque a lo prescrito en el artículo 24 de la Constitución del Reino de España. En efecto, la única norma que se refiere a la relación entre los ciudadanos y la justicia es la contenida en el número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución¹⁴⁶, que prescribe lo siguiente, en lo pertinente:

“La Constitución asegura a todas las personas”:

Nº 3: " Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.

...La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

... 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.”

Si bien, *a priori*, la norma citada pareciera proteger adecuadamente los derechos de la persona ante la justicia, de un análisis más agudo podemos encontrar con que:

- a) Se asegura a toda persona el derecho a defensa jurídica. Sin embargo, la forma de ella queda entregada al legislador;
- b) Se asegura defensa jurídica a quienes no puedan procurársela por sí mismos. Pero, nuevamente, la forma en que este derecho se traduce queda entregado al legislador; y

¹⁴⁶ *Op. Cit.* REPÚBLICA DE CHILE, 1980.

- c) Se asegura a toda persona un debido proceso. Como sucede en los casos anteriores, el constituyente no se hace cargo de qué implica un debido proceso: lo entrega a la voluntad del legislador.

Así las cosas, nos encontramos frente a un derecho que se pretende asegurar, pero cuyos contornos y requisitos mínimos son obviados por el constituyente, de suerte tal que se da por cumplido con el derecho a la defensa, la defensa gratuita y el debido proceso, en cualquier forma en que el legislador la conciba actualmente o en el futuro. Es importante destacar la nula referencia del constituyente a que la magistratura deba velar activamente por estos derechos.

Definitivamente, no podemos inferir de la norma precitada la existencia de un derecho de tutela judicial efectiva. No parece haber sido la intención del constituyente tampoco. Más bien, delegó un asunto tan importante como este en el legislador de turno, lo que parece, al menos, deficiente o de plano negligente.

Discrepa del autor el Tribunal Constitucional de Chile. En su página web, en una sección especial dedicada a la doctrina de dicho tribunal respecto de la norma en comento¹⁴⁷, señala que:

“El art. 19, N° 3, comprende el derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos

¹⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “Doctrina”, [En línea], [Fecha de consulta 29/11/2020] <<http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Inciso--547--5198/>>.

los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. (STC 792 c. 8) (En el mismo sentido, STC 815 c. 10, STC 946 cc. 28 a 33, STC 1046 c. 20, STC 1061 c. 15, STC 1332 c. 9, STC 1356 c. 9, STC 1382 c. 9, STC 1391 c. 9, STC 1418 c. 9, STC 1470 c. 9, STC 2042 c. 29, STC 2438 c. 11, STC 2688 c. 5, STC 2701 c. 10, STC 2697 c. 17, STC 376 cc. 29 y 30, STC 389 cc. 28 y 29, STC 2895 c. 7, STC 5962 c. 13, STC 4018 c. 9, STC 5674 c. 9).”

Sin embargo, insisto, el que dicho mandato sea dirigido al legislador y no a la magistratura (limitada en su actuar por la ley), lo convierte en insuficiente. Para este autor, resulta fundamental que el juez tenga la carga del impulso procesal cuando sea necesario garantizar este derecho.

En este sentido, se ha pronunciado la Doctora Pinto¹⁴⁸ para quien “...la implementación de sistemas especializados de defensa para los niños no puede evadirse del necesario cumplimiento de las obligaciones del Estado con los modelos aptos, legítimamente, para homologarse en la compleja justicia de familia.”

Complementaria a esta idea parece ser la opinión de Greeven¹⁴⁹ cuando asevera que “...si bien las normas de familia son un híbrido público-privado y las normas de procedimiento son de orden público, se puede decir que la representación - en parte- se sujeta a las reglas privadas, especialmente considerando que está regulada en general sin distinguir entre adultos y niños y su autonomía de la voluntad y en derecho privado se puede hacer todo lo que no está prohibido expresamente y, no estando prohibida la representación letrada del niño, podría comparecer en esta forma y ejercer su defensa con todo lo que ello implica.”

¹⁴⁸ *Op. Cit.* PINTO SALAZAR, Jimena, 2019, pág. 95.

¹⁴⁹ *Op. Cit.* GREEVEN BOBADILLA, Nel, 2017, pág. 175.

Con todo, es posible encontrar normas inspiradas en este derecho (o funcionales a él), tanto en el Código Procesal Penal¹⁵⁰ como en el Código del Trabajo¹⁵¹.

2.2. En el Código Procesal Penal.

Así, en el artículo 9 del primer código citado nos encontramos con una norma que prescribe que “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.”

En el artículo 10: “En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.”

En el artículo 103: “La ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 286.”

¹⁵⁰ *Op. Cit.* REPÚBLICA DE CHILE, 2000.

¹⁵¹ REPÚBLICA DE CHILE, “Código del Trabajo”, 2003.

En el artículo 269: “La presencia del fiscal y del defensor del imputado durante la audiencia constituye un requisito de validez de la misma.

La inasistencia o el abandono injustificado de la audiencia por parte del fiscal deberá ser subsanada de inmediato por el tribunal, el que, además, pondrá este hecho en conocimiento del fiscal regional respectivo para que determine la responsabilidad del fiscal ausente, de conformidad a lo que disponga la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Si no compareciere el defensor, el tribunal declarará el abandono de la defensa, designará un defensor de oficio al imputado y dispondrá la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días, a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso.”

Otras manifestaciones, pueden encontrarse en los artículos 93, 95, 286, 326 y 373, entre otros. Lo que queda de manifiesto es que existe aquí, por mandato del legislador, un conjunto de normas que obligan al juez a cautelar el pleno ejercicio de los derechos de las personas.

2.3. En el Código del Trabajo.

En este código, en su versión actual, cuenta en su artículo 429 con la siguiente norma (en lo pertinente): “El tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio.

Decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará mediante resolución fundada aquellas que considere inconducentes. De esta resolución se podrá deducir recurso de reposición en la misma audiencia. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y su prolongación indebida y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento.

El tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento.”

En el artículo 444, inciso primero: “En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.”

Y en su inciso final: “Habiendo sido notificada la demanda, la función cautelar del tribunal comprenderá la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo perseguido.”

Finalmente, de modo íntegro, cabe citar el párrafo 6° de dicho código, que contempla un procedimiento especial de “Tutela laboral”¹⁵², en cuanto se afecten derechos fundamentales del trabajador que ahí se indican.

2.4. En la Ley N°19.968.

En el entendido que la celeridad en la resolución de los conflictos es considerada como una manifestación del derecho al debido proceso, el artículo 13 podría contener una manifestación de la referida tutela: “Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Asimismo, el juez deberá dar curso progresivo al procedimiento, salvando los errores formales y omisiones susceptibles de ser subsanados, pudiendo también solicitar a las partes los antecedentes necesarios para la debida tramitación y fallo de la causa.”

¹⁵² Artículos 485 a 495, inclusive, *Op. Cit.* REPÚBLICA DE CHILE, 2003.

Esta norma guarda una gran similitud con el ya citado artículo 429 del Código del Trabajo.

En el artículo 16: “Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

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

En el artículo 18: “En los procedimientos que se sigan ante los juzgados de familia, las partes deberán comparecer patrocinadas por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio, a menos que el juez en caso necesario las exceptúe expresamente, por motivos fundados en resolución que deberá dictar de inmediato.

Ambas partes podrán ser patrocinadas y representadas en juicio por las Corporaciones de Asistencia Judicial. La modalidad con que los abogados de las Corporaciones de Asistencia Judicial asuman la representación en dichas causas será regulada por el reglamento que dictará para estos efectos el Ministerio de Justicia.

La renuncia formal del abogado patrocinante o del apoderado no los liberará de su deber de realizar todos los actos inmediatos y urgentes que sean necesarios para impedir la indefensión de su representado.

En caso de renuncia del abogado patrocinante o de abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio a otro que la asuma, a menos que el representado se procure antes un abogado de su confianza. Tan pronto éste acepte el cargo, cesará en sus funciones el designado por el tribunal.

La obligación señalada en el inciso primero no regirá tratándose de los procedimientos establecidos en el Título IV. En estos casos, las partes podrán

comparecer y actuar sin necesidad de mandatario judicial ni de abogado patrocinante, salvo que el juez lo estime necesario.”

En el artículo 19 (exceptuando su inciso final): “En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.”

En el artículo 22 (salvo respecto de los procedimientos acerca de vulneración de derechos), en lo pertinente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se

efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.”

En el artículo 31, respecto de la prueba. En lo pertinente:”...ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que ... hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales...”

Finalmente, también es posible encontrar normas de estas características en los procedimientos especiales contenidos en dicha ley¹⁵³, aunque, a mi juicio, de manera atenuada por el hecho de poder comparecer sin asistencia letrada y por la limitación -excesiva a mi juicio- de las medidas cautelares que el juez puede aplicar en ellas. Con todo, aquí si existe, en los procedimientos por vulneración de derechos y de violencia intrafamiliar, la capacidad del niño de ejercer la acción por sí mismo¹⁵⁴, lo que no sucede en el procedimiento ordinario.

2.5. En tratados u otros instrumentos internacionales suscritos por Chile.

2.5.1. En la “Declaración Universal de Derechos Humanos”.

En primer lugar, podemos citar los artículos 8 y 10¹⁵⁵ de la “Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵⁶”. Si bien, por la naturaleza de esta, lo que

¹⁵³ Ver artículos 71, 78, 79, 84, 88, 89, 90 y 92 de la Ley N°19.968. No se observan normas de esta laya en el procedimiento contravencional, lo que resulta de suyo preocupante.

¹⁵⁴ Ver artículos 70 y 82 de la Ley 19.968. En este último artículo, si bien, no se dice -expresamente- que puede darle inicio un niño, puede entenderse tácitamente incluido en las hipótesis de “víctima” o de “cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motiven”. Aún prescindiendo de la interpretación anterior, basta con que el niño tome contacto con Carabineros para que estos probablemente den inicio a la causa con el mérito de la denuncia del niño.

¹⁵⁵ Así, mientras el artículo 8° prescribe que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, el artículo 10° dispone que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

prescriben las normas citadas no obligan directamente a un órgano del Estado en particular, sí obligan al Estado en su conjunto (esto es, todos y cada uno de sus poderes) que redundan en la obligación de adecuar los respectivos ordenamientos jurídicos a este mandato específico.

2.5.2. En la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

En cuanto a la “Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵⁷”, en sus artículos primero y segundo, es clarísima en cuantos a su mandato y rango de aplicación¹⁵⁸. Nótese, particularmente, como para los efectos de este instrumento, “persona” es “todo ser humano”. Luego, todo ser humano tendría derecho a las garantías procesales¹⁵⁹ que ahí se señalan de manera bastante específica. Si bien se

¹⁵⁶ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Declaración Universal de Derechos Humanos”, 1948. [En línea] [Fecha de consulta: 07/12/2020] <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>

¹⁵⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 1969. [En línea] [Fecha de consulta: 07/12/2020] <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>

¹⁵⁸ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. *Op. Cit.* ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1969.

¹⁵⁹ *Ibidem*, artículo 8º: “ 1. Toda persona 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 contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

centra mayormente en los derechos o garantías procesales de los imputados en materia penal, en el primer numeral del artículo citado se extiende un amplio abanico de garantías que, explícitamente, abarcan el resto de las materias.

En síntesis, habiendo establecido que la tutela judicial efectiva es un mandato de acción dirigido a la judicatura, en orden de proteger todo derecho o interés legítimo de cualquier persona, en especial su derecho a un debido proceso y a evitar su indefensión, podemos concluir que, en Chile, en términos generales:

- a) Si bien existe un mandato constitucional expreso (tanto en la propia Constitución, como indirectamente vía aplicación del inciso segundo del

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

artículo 5° de la misma) acerca de este derecho, este va dirigido al Estado de Chile o al legislador, según el caso, pero no a la judicatura, lo que difiere del modelo español de garantizarlo;

- b) No obstante lo anterior, es posible observar algunas manifestaciones de este derecho en los procedimientos analizados;
- c) Dichas manifestaciones dicen relación, en general, con normas del debido proceso, tales como: el derecho a acción, el derecho al recurso, el derecho a contar con asistencia letrada y encuentran su mayor expresión en el procedimiento de “cautela de garantías” en el proceso penal y el de “tutela laboral” en dicha área del derecho. No se aprecia un procedimiento similar (en cuanto a la amplitud de derechos protegidos) en materia de familia. Tampoco una prohibición de indefensión tan nítida como en los otros procedimientos, habida consideración de la posibilidad de comparecer excepcionalmente sin asistencia letrada; y
- d) Todas las garantías expresadas en las letras anteriores se entienden referidas a las partes de un proceso, con especial énfasis en prevenir la indefensión del litigante considerado como más débil (el imputado o el trabajador). Nuevamente, en materia de familia (al menos en la Ley N° 19.968), no existe tal protección (explícita y total) a un interviniente habitual de estos procedimientos, sean partes o no: los niños.

3) Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en Chile. Una realidad.

Hasta ahora hemos recorrido un largo camino, partiendo por determinar el origen histórico y jurídico del derecho del niño a ser oído. Luego se intentó conceptualizarlo y determinar sus características, tanto como derecho material como adjetivo, determinando -a juicio del autor- que el concepto clave a considerar es el de

“participación”. Analizamos, acto seguido, sus formas (y grados) de participación en los procedimientos contenidos en la Ley N°19.968.

A continuación, introdujimos el concepto y características del derecho a una tutela judicial efectiva, para finalmente buscar las manifestaciones de este en nuestro ordenamiento jurídico de modo general.

Sin embargo, como se ha señalado (o insinuado) reiteradamente en el curso de esta obra, los derechos de los niños son duales: cuentan con todos los derechos que se les reconoce (o debiese reconocer) en cuanto personas, pero también unos que les son propios y que les pertenecen exclusivamente en su calidad de niños¹⁶⁰.

En la Opinión Consultiva N°17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refuerza de manera muy enfática el derecho del niño al debido proceso en un plano de igualdad procesal con los otros intervinientes.¹⁶¹ Grafica especialmente lo anterior lo previsto en el párrafo 98 de dicho instrumento:

¹⁶⁰ En este sentido se pronunció la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Opinión Consultiva OC-17/2002”, 2002, párr. 92-99. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>.

¹⁶¹ Así se refleja en los párrafos que se citan a continuación: “93. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.”

“94. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas.”

“95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.”

“96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.”
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. Cit.* 2002.

“En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”¹⁶²

Así las cosas, además de las normas analizadas en el número anterior, a fin de determinar su situación actual en cuanto a la tutela judicial efectiva de sus derechos en general, pero especialmente el de ser oído, requiere conjugar las reglas generales ya expuestas con las particulares respecto de la infancia. En este subcapítulo, se pretende, hecha la referida conjugación, determinar la situación real de esta tutela a nivel nacional en la actualidad, contrastando la realidad normativa con la factual allí donde sea posible.

3.1. Aspecto normativo.

3.1.1. Ordenamiento jurídico chileno e instrumentos internacionales suscritos por Chile de orden general.

Desde esta perspectiva, todo lo analizado en el punto 2 de este capítulo, resulta completamente aplicable al análisis que se propone, de modo que lo dicho en este, - particularmente en cuanto a nuestra Constitución, los instrumentos internacionales citados- y muy especialmente en cuanto a las normas contenidas en la Ley N°19.968, se dan reproducidos para los efectos del análisis normativo propuesto.

Dicho lo anterior, resulta indispensable indagar si existen otras normas adicionales en otros instrumentos que garanticen su derecho a una tutela judicial efectiva, esta vez, en su calidad de niños y especialmente respecto de su derecho a ser oídos.

¹⁶² Ibid.

3.1.2. Instrumentos internacionales suscritos por Chile, específicamente aplicables respecto de los derechos del niño.

3.1.2.1. Convención sobre los derechos del niño.

Como se analizó extensamente en el capítulo II del presente trabajo, existe una dimensión adjetiva del derecho del niño a ser oído que deriva del párrafo segundo del artículo 12 de este instrumento.¹⁶³ Dicha dimensión debe entenderse complementada, además, por el contenido de las Observaciones Generales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, que, como revisamos en el Capítulo I del presente trabajo, son de carácter vinculante y desarrollan complementariamente los alcances de este derecho.

Empero, hay una norma que suele pasarse por alto y que, interpretada de manera armónica en conjunto con la precitada, nos permite sostener que, así como en el Derecho Penal existe el principio *in dubio pro reo* y en el del trabajo el *in dubio pro operario*, a partir de la subscripción de este instrumento internacional se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico nacional un principio adicional, que podríamos denominar “*In dubio pro filii*” o “*In dubio pro infantia*”, que consistiría en que, no obstante la forma y contenido de los derechos contenidos en la referida Convención, de existir una norma, sea en la legislación interna o en otros tratados internacionales suscritos por Chile, que de alguna manera recoja de manera más amplia cualquiera de estos derechos, deberá precisamente aplicarse dicha norma.¹⁶⁴

¹⁶³ “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.” ONU. *Op. Cit.*, 1989.

¹⁶⁴ “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o
b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.” ONU. *Op. Cit.*, 1989, art. 40.

Esto último es de suyo importante, por cuanto quienes están llamados a aplicar el derecho a un caso específico son precisamente los jueces. En consecuencia, toda norma -incluso de carácter procesal- que amplíe o mejore los derechos del niño, contenida en cualquier instrumento perteneciente al ordenamiento jurídico nacional, resultaría de aplicación obligatoria para la magistratura. Esto resulta en una manifestación de tutela judicial efectiva, como quiera que las normas relativas al derecho de ser oído, de debido proceso, de asistencia letrada y de participación, en general, son tratadas de manera más amplia y plena en otros tratados internacionales que afectan al niño en cuanto persona, como en los instrumentos citados en el apartado 2.5. del presente capítulo, ampliando su capacidad procesal.

3.1.2.2. Protocolo Facultativo N°3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como ya se había señalado, el referido protocolo¹⁶⁵ contempla, siguiendo a Ravetllat y Contreras,¹⁶⁶ un procedimiento cuasi jurisdiccional del que los niños pueden participar directamente. En tal sentido, se establecen salvaguardias para que su participación sea en un plano adecuado y respetuoso de su derecho al debido proceso en cuanto niño y en cuanto persona.

Así, en su artículo tercero se señala que:

“1. El Comité aprobará el reglamento que habrá de aplicar en el ejercicio de las funciones que le confiere el presente Protocolo. Al hacerlo tendrá en cuenta, en particular, el artículo 2 del presente Protocolo, para garantizar que los procedimientos se adapten al niño.

¹⁶⁵ ONU. “Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”, 2012. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9532.pdf>

¹⁶⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y CONTRERAS ROJAS. *Op. Cit.*, 2009.

2. El Comité incluirá en su reglamento salvaguardias para evitar que quienes actúen en nombre de niños los manipulen, y podrá negarse a examinar toda comunicación que en su opinión no redunde en el interés superior del niño.”

Por la naturaleza del referido protocolo, no pueden invocarse en nuestro derecho interno las citadas normas procedimentales. Sin embargo, resultaría interesante estudiar la posibilidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico, tal como en este instrumento, el derecho del niño a la acción y que el procedimiento se adapte al niño. ¿Qué significa esto? Estimamos que, entre otras cosas, tanto el procedimiento como el resultado de este, debiese poder ser explicado usando un lenguaje comprensible para este último.

En nuestro país no he logrado encontrar manifestaciones de lo anterior. Sí en un fallo dictado en la República Oriental del Uruguay¹⁶⁷ en que la jueza de primera instancia María Fátima Boné, en su considerando noveno, incluye lo siguiente:

“Como último punto a analizar y como contrapartida a “escuchar al niño”, se halla el denominado Derecho de Respuesta.

El Derecho a ser oído que tiene el niño en los procesos donde se involucra directamente resoluciones que incidirán sobre su vida, tiene como contracara otro derecho del niño que es el de “respuesta” la que debe ser clara y adaptada al nivel cognoscitivo del sujeto involucrado, que en este caso es J. de 6 años de edad.

En virtud de ello y en atención a que el lenguaje lejos de ser un formalismo es una herramienta que permite que los seres humanos se comuniquen, es indispensable que se utilice el adecuado a los efectos de que los interlocutores se comprendan.

¹⁶⁷ REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Poder Judicial, “Sentencia definitiva N.º 30 /2016, en los autos caratulados “ASESORIA AUT, CENTRAL DEC COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL –RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR - IUE 9999-1-2016”, 2016. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <https://www.poderjudicial.gub.uy/images/resoluciones/2016/sent_04-05-16_restitucion_menor_trinidad_jueza_bone.pdf>.

Tratándose de un niño pequeño de 6 años de edad, es que en el párrafo que sigue se hace un pequeño desarrollo de lo que comprende la resolución a efectos de que J. pueda comprender cuál es la decisión que la Sede ha tomado en relación a su vida y los motivos por los cuales se arribó. De esta forma se enaltece el principio del “Derecho a la Respuesta”, es decir derecho no solo a conocer sino a comprender el juicio realizado por el decisor.

J.: soy la Juez Fátima que estuvo hablando contigo en el día de ayer en el Juzgado. Como bien tú me lo dijiste ayer, yo estoy para resolver acerca de si vas a quedarte acá en Uruguay con mamá y con los abuelos Miriam y José o si debes volver a España donde está tu papá y los otros abuelos Beatriz y Antonio.

Se que acá en esta ciudad de Trinidad, en la que estás hace más o menos 4 meses, la que a vos te parece “un pueblito”, estás contento y tenés muchas actividades como el teatro, la piscina y el taekwondo aunque no tengas traje ni cinturón. Sé que te gusta y que te divertís, que tenés a Rosita y a Dana como mascotas y que eso es bueno para ti.

Pero también es verdad que en España hay personas y situaciones muy importantes para ti: allá puedes ver a tu papá, a los abuelos, primos y continuar la relación con tus amigos. Por otra parte también sé que España tal como me lo dijiste cuando hablamos en el Juzgado te gusta, pero que el lugar más lindo entre Nerja, Granada y Barcelona es Nerja, donde viviste con mamá y papá.

Por tanto como tengo que decidir aunque no tengo toga ni martillo como bien vos sabés, considero que es necesario que ahora a la brevedad puedas volver a tu país, España.

Así vas a poder ver también a papá, y a tus otros familiares. Eso no quiere decir que no puedas volver acá donde te sentís tan bien.

Como te dije en el juzgado, fue un gusto conocerte. Será hasta pronto.

Fátima.”¹⁶⁸

¿Realmente sería tan complejo incorporar en nuestros fallos un apartado similar dedicado al niño que será afectado por él?

En mi opinión, lo hecho por Boné es un ejemplo a seguir y que se nutre, en parte, de las ideas contempladas en el protocolo, la Convención sobre los Derechos del Niño y las directrices que respecto a esta ha emitido el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones generales.

Otro esfuerzo en este sentido, es el realizado por la ONG Internacional Humanium, que en su página web contiene un texto adaptado de la Convención Sobre los Derechos del Niño, para niños de 10 años en adelante.¹⁶⁹

3.1.2.3. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad.

Las Reglas de Brasilia¹⁷⁰ contienen un sinnúmero de normas que podemos identificar con el concepto de tutela judicial efectiva.

En primer lugar, porque sus directrices apuntan como destinatarios de estas a todos los operadores del sistema judicial (entre ellos los jueces, naturalmente). Sin

¹⁶⁸ N.B. La cita del fallo es textual, por lo que los errores gramaticales, de puntuación o sintaxis que pudo haber cometido la magistrado, son reproducidos tal y como fueron escritos por ella.

¹⁶⁹ Cfr. HUMANIUM. “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño Texto adaptado para niños de 10 años en adelante”, Ginebra, Suiza, S/F, [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <https://www.humanium.org/es/convencion-adaptada/?gclid=CjwKCAjw2MTbBRASEiwAdYIpsfKmsmrpMGZYqXlnPGzZ2DcgNNVLTmTEli2JYcrUEKoID0LQRKPAEhoCXycQAvD_BwE>.

¹⁷⁰ XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, Brasilia, Brasil, 2008. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>>.

embargo, no tratándose de un tratado internacional, se vuelve discutible su invocación de manera coactiva en nuestro derecho interno¹⁷¹.

De cualquier modo, citando a Nash,¹⁷² “...en el ámbito normativo internacional es perfectamente posible que un instrumento que no tenga las características propias de un tratado, pueda llegar a tener fuerza vinculante en la medida que se den ciertas condiciones de contexto. Estas condiciones dicen relación con el órgano que dicta la normativa, el objeto de reglamentación, las formalidades que concurran en su dictación, entre otras.”

En fin, respecto de ellas, debemos señalar que los niños son considerados como beneficiarios de estas reglas, añadiendo que “Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo¹⁷³.” A esa “especial tutela”, estaría obligada activamente la judicatura.

Se da especial relevancia a que las personas en situación de vulnerabilidad cuenten siempre con asistencia letrada de calidad y gratuita,¹⁷⁴ en un procedimiento adecuado a sus peculiares características¹⁷⁵, así como una adecuada difusión (y comprensión de la información por parte de los beneficiarios¹⁷⁶ y, en general, todo tipo de normas que vuelven (o volverían) más accesibles los procedimientos para los beneficiarios de estas.

Consultadas distintas bases de datos, solo se logró encontrar un fallo de nuestra Excelentísima Corte Suprema en que se citan las Reglas de Brasilia en una de sus motivaciones (considerando decimoséptimo) del modo siguiente:

¹⁷¹ Ver NASH ROJAS, Claudio. “Minuta sobre fuerza normativa de las 100 Reglas de Brasilia. Apuntes para una discusión.”, 2010, pp.10. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatopria-100-Reglas_discusion.REV_.2.cnr_.pdf>.

¹⁷² *Ibidem*. Pág. 4.

¹⁷³ XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. *Op. Cit.*, 2008, pág. 6.

¹⁷⁴ *Ibidem*. pp. 10-11.

¹⁷⁵ *Ibidem*. pág.11.

¹⁷⁶ *Ibidem*. pp.15-18.

“Es importante considerar que en esta materia existen una serie de instrumentos internacionales –Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano y las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas de vulnerabilidad– que resaltan la relevancia del asesoramiento técnico–jurídico especializado para la efectividad de los derechos de las personas privadas de libertad.”¹⁷⁷

3.2. Aspecto institucional.

En cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado (tanto a nivel internacional como de derecho interno), se han creado tres instituciones en el último tiempo, dignas de análisis para los efectos de este trabajo. Estas son, la Defensoría de la Niñez, la Subsecretaría de la Niñez y el programa gubernamental denominado “Mi Abogado”. Curiosamente, los tres creados en 2018. Utilizo la expresión “curiosamente” porque, aparentemente, la fuente material de los mismos (esto es una especulación del autor) parecieran ser, en primer lugar, el denominado “Informe Jeldres”¹⁷⁸ y luego la seguidilla de reportajes de televisión y la prensa que, de manera descarnada, sencillamente confirmaron lo que la magistrada diligentemente había advertido. Lo cierto es que no fue la “infancia” sino que la “infancia vulnerable” la que se tomó la agenda política del país durante el tiempo suficiente para que surgieran las iniciativas mencionadas pero, probablemente teñidas de lo mencionado precedentemente, con un claro tinte de la doctrina de la situación irregular.

¹⁷⁷ REPÚBLICA DE CHILE, Excmá. Corte Suprema, Cuarta Sala, en Rol°39739-2017, fallo de fecha 13 de agosto de 2013, CL/JUR/1806/2013.

¹⁷⁸ REPÚBLICA DE CHILE, Honorable Cámara de Diputados, Comisión Investigadora del Servicio Nacional de Menores, “Informe de la Comisión de Familia constituida en investigadora para recabar información y determinar responsabilidades en las denuncias sobre hechos ilícitos ocurridos en hogares del Servicio Nacional de Menores”, 2013, pp. 281. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=10254&formato=pdf>>.

3.2.1. La Defensoría de la Niñez.

Mediante la publicación de un escueto proyecto de ley¹⁷⁹ (consta de solo 21 artículos) con fecha 29 de enero de 2018 surge una nueva institución: La defensoría de los derechos de la niñez.

El nombre es bastante sugerente. Se trata de un “defensor”, vale decir alguien que defiende o protege algo, particularmente de los “derechos de la niñez” que, como ya se ha señalado *ad nauseam* son los de toda persona humana, sumados a los que les son propios, exclusivamente, en calidad de niños. Pero un defensor debe contar con herramientas para defender y los derechos de los niños son muchos, no unos pocos. Alguien le debió informar de esta situación a nuestro legislador.

En efecto, las atribuciones de este defensor son las que taxativamente la ley le concede¹⁸⁰ que, si bien en número se aprecian como amplias, en la práctica se reducen más bien a funciones consultivas, de difusión, de formular peticiones a las autoridades y emitir informes. En síntesis, promover derechos sin posibilidad de exigirlos;

Solo se les permite accionar, denunciar o intervenir en los mismos casos que cualquier otra autoridad está autorizado u obligado a hacerlo, con excepción de casos que “revistan caracteres de gravedad, relevancia o interés social comprometido, siempre que se trate de aquellos delitos tipificados en el artículo 142 y en los Párrafos 5° y 6° del Título VII, y 1°, 2° y 3° del Título VIII, todos del Libro Segundo del Código Penal.” Es decir, de homicidio culposo hacia arriba (en gravedad).

¹⁷⁹ REPÚBLICA DE CHILE. “Crea la defensoría de los derechos de la niñez”, Ley N°21.067, 2018.

¹⁸⁰ *Ibidem*. artículo 4°.

de sus atribuciones.

p) Elaborar y presentar un informe anual, de conformidad a lo establecido en el artículo 15.

q) Las demás funciones y atribuciones que la ley le otorgue.

Parece bastante poco para tan pomposo título. Creo necesario recalcar que, en cualquier caso en que un niño (o grupo de niños) es vulnerado en derechos distintos de los protegidos por la doctrina de la situación irregular, el defensor solo puede formular peticiones, difundir o promover tales derechos. Nunca defenderlos a cal y canto.

Esto es un caso en que, parafraseando al profesor Estrada Vásquez¹⁸¹, llamaría como de “ilusión de representación”.

Es de esperar que, en un futuro no muy lejano, se dote a esta institución de la fuerza necesaria para poder estar a la altura de su nombre.

3.2.2. La Subsecretaría de la Niñez.

Durante el mismo año (2018), se crea por ley¹⁸² la Subsecretaría de la Niñez. El texto de dicha Ley -aún más breve- consta de solo 10 artículos. Depende del Ministerio de Desarrollo Social. Según la referida ley, su función principal es asesorar al ejecutivo en materias de infancia en el orden interno e internacional. Aquí, nuevamente presente, está la promoción y difusión de los derechos del niño en su dimensión integral, pero tampoco se trata de un organismo con atribuciones reales para cumplir, siquiera las escasas funciones encomendadas. Baste decir que, en su ejercicio, no puede exceder un gasto de \$1.062 millones de pesos (menos de un millón y medio de dólares).

Hasta hoy, no he logrado dar con algún dato que deleve su incidencia en el quehacer nacional que se traduzca en una mejora en la condición de los niños en

¹⁸¹ ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco. “La ilusión de la representación. Comentario a un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago”, Blog del autor, 2017. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <<http://justiciadefamilia.blogspot.com/2017/05/la-ilusion-de-la-representacion.html>>.

¹⁸² REPÚBLICA DE CHILE. “Crea la subsecretaría de la niñez, modifica la Ley N° 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y modifica cuerpos legales que indica.”, Ley N°21.090, 2018.

Chile, salvo su participación en la discusión de los proyectos de ley relativos a la niñez que actualmente se encuentran en tramitación en el congreso.

3.2.3. Programa “Mi Abogado”.

Recuerdo, como si fuera ayer, cuando conociendo ya cual iba a ser mi tema de investigación, pedí las dispensas correspondientes para no asistir a clases y poder asistir al seminario denominado “Representación Jurídica: hacia una Defensa Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes”¹⁸³. Lo recuerdo bien porque me interesaban dos cosas. La primera, era la exposición de los dos paneles y la segunda, el lanzamiento del programa “Mi Abogado”.

El título de los paneles era sugerente¹⁸⁴. La importancia de sus participantes, también¹⁸⁵.

Mientras duró el seminario, las ponencias fueron contestes en un hecho: la institución del curador *ad-litem* debía ser superada, por distintas razones (creo que varias de ellas han sido abordadas en la presente investigación), para dar paso, finalmente a una figura más cercana a lo que se conoce como el abogado del niño.

Grande fue mi sorpresa, entonces, cuando luego de cerca de tres horas de ponencia en dicho sentido, se presenta el programa que (uno suponía) iba a superar

¹⁸³ Efectuado con fecha 23 de agosto de 2018, en el Salón de Honor del edificio del Ex Congreso Nacional. Ver MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. “Seminario Representación Jurídica: hacia una Defensa Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes”, 2018. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <<https://www.minjusticia.gob.cl/seminario-representacion-juridica-hacia-una-defensa-especializada-para-ninos-ninas-y-adolescentes/>>.

¹⁸⁴ El primero se titulaba “El rol del abogado del niño como evolución de la figura del curador *ad litem*: desafíos para la política pública”. El segundo, “El interés manifiesto y el interés superior del niño en la defensa jurídica de NNA y su coherencia con las políticas de infancia”.

¹⁸⁵ Entre los expositores, se encontraban Carol Bown (Subsecretaria de la Niñez), Patricia Muñoz (Defensora de la Niñez), María Olga Troncoso (Magistrado), el profesor Francisco Estrada Vásquez, la diputada Natalia Castillo y el psicólogo Matías Marchant. Paneles moderados por los profesores Lepin y Ravetllat.

este problema: “Mi Abogado”. Lamentablemente, pudo llamarse, sin ningún problema “Mi Curador *Ad-litem* 2.0.”

Si bien es cierto, todo programa que sirva la importante función de asumir la defensa de los niños merece mis respetos, salvo el nivel de excelencia que se ofrece y una menor cantidad de causas por abogado, en comparación con las de la Corporación de Asistencia Judicial (de la cual igualmente dependen), solo puede observarse un salto cuantitativo -para algunos-, más no un salto cualitativo para nadie (como sugerían las ponencias del seminario).

Un curador *ad-litem*, sin definir sus funciones, atribuciones, momento de su designación, posibilidad de plantear posiciones y/o recurrir, aunque los multipliquemos por mil, el resultado va a ser el mismo: más niños “ilusoriamente” representados, en un procedimiento tan reglado para ellos como el viejo oeste. No pongo en duda la calidad de los profesionales de este programa. Conozco a varios. Pero, en definitiva, son las reglas del juego las que determinan que podemos hacer o no. Y esas reglas, en términos específicos, ya lo hemos visto, no existen.

En síntesis, si hacemos un corte axial a nuestro ordenamiento jurídico familiar, podemos concluir que:

- a) Existen manifestaciones, más que suficientes, de la existencia de un derecho de tutela judicial efectiva, en particular al derecho del niño a ser oído;
- b) Dichas manifestaciones se encuentran de manera más nítida en aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos que les otorgan derechos a los niños en cuanto personas y menos nítida en cuanto su calidad de niños, sin perjuicio de ser complementarios. Nuestra legislación nacional no es suficientemente clara al respecto;

- c) No obstante lo anterior, responsabilidad compartida de los litigantes y de la judicatura, no se les otorga a dichas manifestaciones una relevancia material a la hora de ser invocadas en juicio; y
- d) Las instituciones creadas por el Estado de Chile para avanzar en los derechos de la infancia carecen de atribuciones y presupuesto suficientes para incidir en tal sentido, además de estar modeladas de conformidad con la doctrina de la situación irregular y no la de la protección plena de los derechos del niño.

4) Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en Chile. Una perspectiva.

En el número anterior nos referimos al estado de situación actual de la tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en nuestro ordenamiento jurídico familiar. Vimos como juntando distintas piezas (de distintos puzles), podíamos sostener su existencia material, no obstante su inaplicación formal total.

Pareciera ser que lo que se necesita es un nuevo puzle, esta vez con piezas propias y concordantes, de modo tal que esta tutela se vuelva una realidad. En un país excesivamente legalista como el nuestro, pareciera ser necesaria la redacción de una ley o código que sirva de marco jurídico de todo el sistema, forzando las modificaciones legales pertinentes, tanto de nuestros procedimientos como de nuestras normas sustantivas. Por ello, cuando hablamos de una perspectiva, nos referimos a lo que aparentemente está en camino, pero aún no llega: la existencia de un proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez¹⁸⁶.

¹⁸⁶ PROYECTO DE LEY DE SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. "Mensaje N° 950-363/", 2015. [En línea] [Fecha de consulta: 27/12/2020] <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=11052&tipodoc=mensaje_mocion>.

El mentado proyecto, en su formulación original, contenía disposiciones que a juicio de este autor, constituían un salto cualitativo y cuantitativo en pos de lograr una tutela judicial efectiva, de todos los derechos del niño, incluido el de ser oído.

Así, por ejemplo, en el artículo 6 se señalaba que “Todo niño es titular y goza plenamente de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y en las leyes.”

En el artículo séptimo, inciso final, se prescribía que “Las limitaciones a la capacidad de los niños para ejercer sus derechos se entenderán siempre de manera restrictiva y deberán establecerse por ley.”

En el artículo 14 se le garantizaba el derecho a un debido proceso “El Estado velará por asegurar que todo niño pueda hacer valer en los procedimientos en que intervinieren los derechos y garantías que le confieren la Constitución, los tratados internacionales vigentes en Chile y las leyes.

Los órganos del Estado propenderán a una efectiva especialización de todos los funcionarios cuyas tareas digan relación con la protección de los derechos del niño.”

Otro artículo clave era el 27 “Todo niño que haya sido privado del ejercicio o goce de sus derechos, o cuyo goce o ejercicio se encuentre amenazado, tendrá derecho a que los Tribunales de Justicia y los órganos de la Administración del Estado, adopten en su beneficio las medidas y efectúen las prestaciones y actuaciones que correspondan para restablecer el goce y ejercicio de sus derechos o evitar la afectación de los mismos, conforme con sus respectivas competencias.” Esto se trataba de un mandato directo a la judicatura a que se tutelaran los derechos del niño de manera activa.

El artículo 28, le concedía el derecho a acción y capacidad recursiva directa “Todo niño, o cualquier persona en su nombre e interés, puede, sin perjuicio de otros medios

legales, interponer ante la autoridad administrativa o judicial competente las acciones y medios de impugnación de que trata este Título, para que exija a los obligados por esta ley, u otras leyes relativas a la protección y ejercicio de los derechos de los niños, que den efectivo cumplimiento a los deberes que ellas les imponen y que realicen las actuaciones tendientes a ello.

Es deber de los órganos del Estado disponer de mecanismos que permitan canalizar y dar respuesta en forma oportuna y eficaz a dichas acciones y medios de impugnación, de conformidad a las leyes respectivas.”

Finalmente, el artículo 29, le concedía el derecho a contar con asistencia letrada. “Todo niño tiene derecho a contar con la debida asistencia jurídica para el ejercicio de sus derechos, en conformidad a la ley.”

Dicho de otro modo, de haber prosperado el proyecto en su redacción original habría generado las siguientes consecuencias:

- a) El reconocimiento pleno del niño como sujeto de derechos;
- b) El reconocimiento pleno del niño como actor capaz en el proceso, incluyendo el derecho a acción, al recurso y a contar con un abogado; y
- c) La obligación de los tribunales de tutelar, activamente, que lo contenido en las letras anteriores, se hiciera efectivo.

Pero los proyectos, como sabemos, pasan por varios trámites hasta que ven la luz y en el camino van sufriendo modificaciones. Habiéndose tramitado íntegramente en la Cámara de Diputados, el proyecto que ingresó al Senado¹⁸⁷ es bastante distinto. Si bien se mantiene el reconocimiento pleno del niño como sujeto de derechos, desaparece su capacidad de acción y su capacidad recursiva. Se limita su acceso a la defensa técnica a aquellos casos en que sus intereses sean incompatibles con los de

¹⁸⁷ PROYECTO DE LEY DE SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. “Oficio N° 13.289”, 2017. [En línea] [Fecha de consulta: 27/12/2020] <<https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=22267&tipodoc=ofic>>.

los otros litigantes (tal como sucede ahora) y se atenúa el mandato tutelar dirigido a la magistratura.

El artículo que grafica de mejor manera lo expuesto precedentemente, es el 35:

“Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización. Todo niño tiene derecho a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se le respeten las garantías de un proceso racional y justo, y que se le garantice, entre otros, el derecho de tutela judicial, el derecho a ser oído, el derecho a ser informado del procedimiento aplicable y los derechos que le corresponden en él, el derecho a una representación distinta de la de sus padres y/o madres o representantes legales en caso de intereses incompatibles, el derecho a una representación judicial especializada, a presentar pruebas idóneas e independientes, a recurrir, así como los derechos y garantías que le confieren la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes.”

Como vimos se titula “Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización”, pero ¿puede existir un debido proceso cuando solo, excepcionalmente, se tiene acceso a una defensa técnica y se carece de capacidad de acción y recursiva? De mi parecer, la respuesta es negativa.

Tampoco se puede hablar de una tutela judicial efectiva sin que exista un mandato imperativo a la magistratura para garantizar todos los derechos, especialmente los procesales, de manera activa, como si sucedía en el proyecto original. Parece concordar con esta idea la profesora Lathrop¹⁸⁸, tal como se lo informó al Senado:

“El Título III del proyecto de ley original cumplía en general con estas exigencias, aunque teniendo en cuenta que la protección local y la defensa judicial no se visualizaban claramente en el diseño que presentaba su texto (deficiencia que he referido inicio de esta presentación). No obstante, luego de la votación en sala de la Cámara de Diputados de 2 de mayo de 2017, el texto proyectado de una Ley de

¹⁸⁸ *Op. Cit.* LATHROP GÓMEZ, Fabiola. 2017.

Garantías es francamente deficitario: se reduce a un muy buen catálogo de derechos del NNA -a la luz de la Convención- pero carente de protección efectiva. La ausencia de un sistema de protección de derechos del NNA de componente eminentemente administrativo termina por consolidar un modelo en que los tribunales de familia gestionan la oferta de servicios especializados de protección de tales derechos.”

Con todo, la perspectiva no es desoladora. El proyecto no ha sido totalmente tramitado aún y es posible, todavía, que el resultado se parezca un poco más al original que al actual. De no suceder lo anterior, siempre existirá a futuro, también, la posibilidad cierta de modificar la ley resultante, que puede resultar decepcionante o insuficiente, pero es un paso adelante, aunque un poco tardío, considerando que Argentina cuenta con una Ley de esta naturaleza desde 2005¹⁸⁹ que, sin ser tan lírica, como la proyectada para nuestro país, en su artículo 27 garantiza, sin ambages, los siguientes derechos mínimos:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

¹⁸⁹ REPÚBLICA ARGENTINA. “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, Ley N°26.061, 2005. [En línea] [Fecha de consulta: 27/12/2020] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>>.

Ya en pleno 2021, parece ser que contar -al menos- con una norma similar a la citada precedentemente, debiese ser una meta a cumplir en el más breve plazo posible.

5) Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en Chile. Un desafío.

Resultaría sumamente fácil, como comprenderá el lector, quedarse en el análisis crítico y meramente descriptivo. Sencillamente identificar instituciones que parecen consagrar la tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído y aquellas que parecen obviarla. Aún más sencillo es identificar a él o los culpables de estas falencias en un cómodo ejercicio de heteroculpabilidad. Pero esto se trata de un camino que todos tenemos la responsabilidad de recorrer y una meta que todos debemos aspirar a alcanzar.

Aquí claramente existe un desafío para el legislador en orden a robustecer esta tutela, generando instituciones y mecanismos que faciliten la labor de la judicatura. La ley de garantía de los derechos de la niñez debe ser un paso decisivo en ese sentido, pero no el único. Al menos debiese contemplar una acción de tutela de las garantías que se ofrecen, el reconocimiento del niño como sujeto pleno de derechos procesales, garantizándole el derecho a la acción, al recurso y muy especialmente al debido proceso (incluyendo la asistencia letrada especializada). De otra parte, debe morigerar o restringir el principio de colaboración, erradicando toda forma de acuerdo de terceros sin que, previamente, el niño haya podido participar activamente en la construcción del mismo, sea personal o vicariamente.

Es un desafío también para la judicatura. A falta de un impulso más decidido por parte del legislador, el juez de familia bien podría, en el ejercicio de la amplia potestad cautelar que se le ha concedido, adecuar los procedimientos en esta dirección. Esto

significa, en la práctica, que el juez de familia debe echar a volar su creatividad y evaluar en cada situación de qué modo y cuándo ha de recoger la voz de los niños. La sola existencia de esta discrecionalidad excepcional implica una responsabilidad excepcional: utilizarla.

¿Cuáles serán los mecanismos idóneos? ¿en qué momento procesal deben aplicarse?

Respecto de la primera interrogante, por cierto, la judicatura puede echar mano a mecanismos habituales como lo son la entrevista reservada o la designación de un curador *ad-litem*. Pero también a otros: bien podría -por ejemplo- ordenar una inspección personal del tribunal o designarle al niño un abogado de turno, cuya función consistiese en representar al niño ante el tribunal, participando de todo el proceso representando los deseos, sentimientos e intereses manifiestos de este último. Esto solo utilizando figuras que existen en nuestro ordenamiento.

Podría también, dada la discrecionalidad de la norma, echar mano a figuras que no existen en nuestro ordenamiento.

Tan solo mirando a Canadá¹⁹⁰ podemos encontrar otros métodos que, *a priori*, pudiesen ser igualmente valiosos para recoger la voz de los niños, tales como, a través de un reporte hecho por un profesional de la salud mental, enfocado exclusivamente en los deseos y percepciones del niño o el reporte, mediante declaración jurada, de un abogado neutral (en los mismos términos). Otro método interesante es permitir que el propio niño pudiese remitir al tribunal su “manifiesto” mediante una carta, correo electrónico o videgrabación.

¹⁹⁰ Cfr. PAETSCH, Joanne J.; BERTRAND, Lorne D., *et al*, “Consultation on the voice of the child”, *5th World Congress on Family Law and Children’s Rights*, 2009, pp 1 y ss. y BIRNBAUM, Rachel; BALA, Nicholas, *et al* “The Canadian Experience with Views of the Child Reports: A Valuable Addition to the Toolbox?”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 30, Issue 2, 2016, pp. 158-178.

Sabemos que en USA existen al menos 4 tipos distintos de representación del niño en juicio: Guardián *ad-litem* abogado (abogado que representa el interés superior del niño), Guardián *ad-litem* no abogado, una figura híbrida entre Guardián *ad-litem* abogado y abogado tradicional y, por último, el abogado tradicional (que representa los intereses manifiestos del niño y se ciñe a sus instrucciones). La profesora Lathrop¹⁹¹ cita otras instituciones, tales como: administradores *ad-hoc*, *amicus curiae* (no necesariamente abogado), curador especial (Italia), representante de la Oficina de la Juventud (Alemania) y el ombudsman infantil.

En la práctica, en nuestro país, el curador *ad-litem* funge como Guardián *ad-litem* abogado y también como un mecanismo de recuperación de la voz de los niños¹⁹², en ambos casos de manera voluntariosa pero aparentemente insuficiente.

En cuanto al momento para hacerlo, dependerá del método a utilizar, de las materias que se traten y de la edad de los niños, pero su representación letrada, en caso de juicio, debe estar presente desde su inicio y debe ser emplazado del mismo modo que el resto de los intervinientes ya desde la primera resolución, de modo de poder, de ser necesario, hacer las alegaciones o interponer las acciones que estime pertinente, dentro del plazo que se da para la contestación de la demanda, amén de ofrecer pruebas en la audiencia preparatoria.

Por ejemplo, en el caso de un divorcio de común acuerdo en que el niño es un infante, podría exigirse, en la primera resolución, que, en la audiencia preparatoria, además del acuerdo regulatorio, se incorpore un informe elaborado por un profesional de la salud mental en orden a informar al tribunal acerca de la idoneidad de las modalidades de cuidado personal y régimen comunicacional adoptados, así como su conformidad con los intereses, sentimientos y deseos del niño sobre el particular. Si se trata de un adolescente, podría solicitarse esta suerte de “manifiesto” u ordenar una audiencia reservada con el juez o con un consejero técnico con anterioridad a la

¹⁹¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “El derecho del niño a ser oído en el nuevo derecho de familia” Santiago, Chile, Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2002, pág. 267.

¹⁹² Cfr. VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. *Op. Cit.* 2011, pág. 192.

audiencia preparatoria que, como es sabido, en casos de divorcio de común acuerdo suele ser también la audiencia de juicio.

En el resto de los casos, dada su naturaleza (verdaderamente) contenciosa, de existir un conflicto relativamente menor (por ejemplo, solo se discute la cantidad de días y horas que durará el régimen comunicacional) pudiesen utilizarse los mismos mecanismos señalados en el párrafo anterior. Si el conflicto, en cambio, es total (se discute el cuidado personal y/o la procedencia o no (no el quantum) de un régimen comunicacional con el padre no custodio, parece más aconsejable la designación de un abogado del niño, en conjunción o no con una o más de las medidas señaladas precedentemente.

Si solo se discuten aspectos patrimoniales, salvo exceso de purismo, parece discutible la necesidad de oír al niño respecto a ello en forma personal, pero al menos sí de manera vicaria por un representante idóneo. La excepción, a mi juicio, serían aquellos (extraños) casos en que se discute la patria potestad de un niño que cuenta con patrimonio propio, en cuyo caso también se sugiere de plano que cuenten con una defensa técnica en conjunción, en caso de los adolescentes, de alguna forma de recepción adecuada de su opinión.

Para determinar esta necesidad, podría exigirse a los padres que están litigando o llegando a un acuerdo respecto de la patria potestad, una declaración jurada acerca de la inexistencia de bienes de propiedad del niño o, en su defecto, un inventario de los mismos para determinar, dependiendo de su entidad, la adopción de las medidas indicadas precedentemente.

En síntesis, siendo la judicatura la llamada preferentemente a tutelar el derecho del niño a ser oído es responsable, en consecuencia, de encontrar los caminos que apunten a ese fin. Pero también es responsabilidad de los abogados que litigamos en materias de familia solicitar esta clase de medidas y velar por todos los medios que este derecho se respete.

Es, finalmente, un desafío para toda la sociedad chilena. Hoy, iniciando un proceso constituyente, parece un excelente momento para darle la debida relevancia al niño como sujeto de derechos, pudiendo perfectamente elevarse a rango constitucional todo el catálogo de derechos con que cuenta y garantizarlos mediante una acción constitucional especial o mediante lo que actualmente conocemos como acción o recurso de protección.

CONCLUSIONES.

En el presente trabajo de investigación, me propuse indagar acerca de si el derecho del niño a ser oído se encuentra debidamente tutelado en nuestro ordenamiento jurídico y particularmente por la judicatura.

Habíamos definido este derecho desde una óptica adjetiva como la prerrogativa del niño, en cuanto sujeto de derechos, de participar personalmente o debidamente representado, de toda toma de decisión que ha de afectarlo directa o indirectamente, en procesos judiciales y administrativos. Pero allí donde existe un derecho, siempre existe como contrapartida una obligación. En este caso se trata de una obligación para el Estado que consiste en garantizar que el referido derecho pueda ser ejercido sin trabas y de manera completa. Dicho de otro modo, debe reconocérsele al niño los mismos derechos que al resto de los intervinientes en un proceso.

De mi parecer esto no ocurre en la actualidad en nuestro país y ello se debe a diversas circunstancias.

En primer lugar, la coexistencia de normas propias de la doctrina de la situación irregular con aquellas que adhieren a la idea de protección plena de los derechos del niño sumado a normas de procedimiento que no se han actualizado suficientemente, vuelve un tanto confuso determinar cuál es la verdadera orientación de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia. Creo que el legislador se encuentra absolutamente al debe en este punto.

De otra parte, el paternalismo que nos lleva a privilegiar el interés superior del niño por sobre su interés manifiesto, olvidando que parte fundamental de perseguir su interés superior pasa precisamente por escucharlo. Lamentablemente, ni el legislador ni la judicatura parecen compartir del todo esta opinión, prescindiendo a veces del todo de su voz.

Tampoco colabora en demasía la aplicación sin contrapeso del principio colaborativo. La cantidad de conflictos que se resuelven en mediaciones, transacciones o avenimientos es enorme y rara vez se condiciona para su aprobación el oír previamente al niño.

Otro obstáculo es la confusión o poca claridad acerca de en qué momento debe ser escuchado y cuando debe contar con representación. La respuesta para mí es sencilla: en todo momento y en toda ocasión. No sirve de nada escuchar al niño o nombrarle un representante al final del juicio, cuando ya no puede formular requerimientos ni rendir prueba.

Finalmente, el carecer (salvo excepciones) de la capacidad de accionar o recurrir por sí mismo, limita fuertemente el ejercicio de este derecho. Parece necesario garantizar el derecho a la acción y la creación de un recurso que le permita reclamar de la vulneración de este u otros derechos.

Así las cosas, ¿podemos aseverar que existe una tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en Chile? Como pudimos ver en el presente trabajo, existen bastantes manifestaciones de esta tanto en normas de nuestro ordenamiento interno como en tratados internacionales ratificados por Chile. Sin embargo, su operatividad se complica por las circunstancias referidas precedentemente.

En síntesis, estimo que existe una tutela judicial efectiva del referido derecho que en nuestro país se encuentra en ciernes. Para que termine de concretarse se debe garantizar el reconocimiento pleno del niño como sujeto de derechos, como actor capaz en el proceso, incluyendo el derecho a acción, al recurso y a contar con un abogado que represente sus intereses manifiestos y que de modo imperativo la judicatura esté forzada a tutelar que lo referido precedentemente se haga efectivo. Ahora bien, estimo que es perfectamente posible que la justicia en el ejercicio de su potestad cautelar y utilizando algo de creatividad, bien podría garantizar sin necesidad de un cambio legislativo muchos de estos derechos. Por ejemplo, en la primera resolución designarle un abogado al niño y ordenar se lo emplace por su intermedio.

De otra parte, abstenerse de aprobar transacciones o avenimientos sin que previamente el niño sea emplazado y oído.

Finalmente, podemos concluir entonces que la tarea de lograr que la tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído sea una realidad cabal, es algo que nos atañe a todos los actores del sistema; al legislador, a la judicatura y también a los abogados que litigamos en nuestros tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", Revista española de derecho constitucional, Vol.22, España, 2002.
2. ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales", Siglo del Hombre, España, 2007.
3. ALLEN CHAPMAN, Richard. "*Leviathan writ small: Thomas Hobbes on the family*", The American Political Science Review, Vol. 69, N° 1, 1975.
4. ARCHARD, David. "*Children: rights and childhood*", Psychology Press, 2004.
5. BACHELET JERIA, Michelle. "Discurso de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, al promulgar la Ley que crea la Defensoría de la Niñez, entidad autónoma que protegerá y promoverá los derechos de los niños, niñas y adolescentes", 2018, pp. 5. [En línea]
<http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica/5/e/8/5e8a401de3807d3e172bb71b2fea6718be02a6f98544850ca69f9b09dfdc9408/PR_DPP_PRE_DIS_1972.pdf> [consulta: 4 de julio de 2018].
6. BIRNBAUM, Rachel; BALA, Nicholas, et al "*The Canadian Experience with Views of the Child Reports: A Valuable Addition to the Toolbox?*", International Journal of Law, Policy and the Family, Volume 30, Issue 2, 2016.
7. BISCHOFF, Kerin "*The Voice of a Child: Independent Legal Representation of Children in Private Custody Disputes When Sexual Abuse Is Alleged*", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 138, No. 5, 1990.

8. BOFILL, April y COTS, Jordi. "La Declaración de Ginebra: pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia", *Comissió de la Infància de Justícia i Pau*, Barcelona, España, 1999.

9. CARRETTA MUÑOZ, Francesco. "El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: La esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial", *Revista Chilena de Derecho*, vol.45, n.2, 2018, [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000200407&lng=es&nrm=iso> [consulta: 4 de enero de 2020].

10. CASARINO VITERBO, Mario. "Manual de Derecho Procesal, Derecho Procesal Civil, Tomo IV", Santiago, Chile, Editorial Juridica de Chile, 2009.

11. CILLERO BRUÑOL, Miguel. "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, OEA, 1997.

12. CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. "Teoría de los principios y derechos fundamentales en Chile", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. Año III, 2007.

13. COUSO SALAS, Jaime. "El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído". *Revista de Derechos del Niño*, Vol. 3-4, 2006.

14. EEKELAR, John. "*The interests of the child and the child's wishes: the role of Dynamic Self-Determinism*", *International Journal of Law and the Family*, N°8, Oxford University Press, Reino Unido, 1994.

15. ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco. "La ilusión de la representación. Comentario a un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago", *Blog del autor*, 2017. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020]

<<http://justiciadefamilia.blogspot.com/2017/05/la-ilusion-de-la-representacion.html>>.

16. FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA. “Entrevista investigativa videograbada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales: fundamentos y orientaciones técnicas basadas en evidencia internacional”, Ediciones Universidad Católica de Chile, ISBN 978-956-14-1963-6, 2016.
17. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1998.
18. GONZÁLEZ VALDERRAMA, Andrea. Análisis crítico del rol del curador ad litem en la justicia de familia [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2017. [Fecha consulta: 25 de noviembre 2020]. Disponible en < <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146474>>.
19. GREEVEN BOBADILLA, Nel, “Filiación: Derechos fundamentales y problemas de su actual normativa”, 2ª Edición, Librotecnia, ISBN: 978-956-327-106-5, 2017.
20. GUASTINI, Riccardo. “Antinomias y lagunas”, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, vol. 29, 1999.
21. HART, Roger. “La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica”, Ensayos Innocenti, N° 4, UNICEF, 1993.
22. HUMANIUM. “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Texto adaptado para niños de 10 años en adelante”, Ginebra, Suiza, S/F, [En línea][Fecha de consulta: 25/12/2020] <https://www.humanium.org/es/convencion-adaptada/?gclid=CjwKCAjw2MTbBRASEiwAdYIpsfKmsmrpMGZYqXInPGzZ2DcgNNVLTmTEli2JYcrUEKoiD0LQRKPAEhoCXycQAvD_BwE>.

23. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho constitucional del menor a ser oído”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Separata de la revista N°7, Argentina, 1996.
24. LANSDOWN, Gerison, “*The evolving capacities of the child*”, Innocenti Research Centre, UNICEF, Florencia, Italia, ISBN: 88-89129-15-8, 2005.
25. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “El derecho del niño a ser oído en el nuevo derecho de familia” Santiago, Chile, Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2002.
26. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”, Revista chilena de derecho privado, N°22, 2014.
27. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “Comentarios FL Ley de Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez Comisión especial Senado”, Thomson Reuters, 2017, CL/DOC/1394/2017.
28. LENGBORN, Thorbjörn. “Ellen Key: (1849-1926)”, UNESCO: Oficina Internacional de Educación, Perspectivas: revista trimestral de educación comparada, vol. XXIII, n° 3-4, 1993.
29. MILLÁN HIDALGO, Patricio y VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis. “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección” Revista de Derechos del Niño N° 1, UDP/UNICEF, 2002.
30. NASH ROJAS, Claudio. “Minuta sobre fuerza normativa de las 100 Reglas de Brasilia. Apuntes para una discusión.”, 2010. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatopria-100-Reglas_discusion.REV_.2.cnr_.pdf>.

31. NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. “Derecho procesal de familia”, 1ª Edición, Santiago, Chile, Abeledo Perrot: Thomson Reuters, 2012.
32. PAETSCH, Joanne J.; BERTRAND, Lorne D., et al, “*Consultation on the voice of the child*”, 5th World Congress on Family Law and Children’s Rights, 2009.
33. PARKES, Aisling. “*Children and International Human Rights Law*”, Routledge, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, 2013.
34. PINTO SALAZAR, Jimena. “El niño: sujeto de derechos en la justicia de familia. El derecho a ser oído en Chile”, 1ª Edición, “Editorial Hammurabi”, ISBN: 978-956-6022-30-5, 2019.
35. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, Revista de Ciencias Sociales, No. 38 (Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje), Universidad de Valparaíso, 1993.
36. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y CONTRERAS ROJAS, Cristián. “El protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Estudio a la luz de su aplicabilidad, Estudios Constitucionales, Año 17, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Chile, ISSN 07180195, 2019.
37. REPÚBLICA DE CHILE, Cámara de Diputados, Boletín 2118-18 Cámara de Diputados. Informe de Comisiones Unidas en Sesión 4. Legislatura 349, 16 de abril, 2003. <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5746/> [En línea] [Consulta 27 de noviembre de 2020].
38. REPÚBLICA DE CHILE, Cámara de Diputados, Comisión Investigadora del Servicio Nacional de Menores, “Informe de la Comisión de Familia constituida en investigadora para recabar información y determinar responsabilidades en las denuncias sobre hechos ilícitos ocurridos en hogares del Servicio Nacional de Menores”, 2013. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020]

<<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=10254&formato=pdf>>.

39. REPÚBLICA DE CHILE, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. “Seminario Representación Jurídica: hacia una Defensa Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes”, 2018. [En línea] [Fecha de consulta: 25/12/2020] <<https://www.minjusticia.gob.cl/seminario-representacion-juridica-hacia-una-defensa-especializada-para-ninos-ninas-y-adolescentes/>>.
40. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. “El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia”, Santiago, Abeledo Perrot, Legalpublishing. 2010.
41. SALUM ALVARADO, Elena; SALUM ALVARADO, Sara y SAAVEDRA ALVARADO, Ricardo. “Derecho de los niños y niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial.” Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Vol. 26, EISSN: 2215-4221, 2015.
42. SÁNCHEZ RUBIO, María Aquilina. “Derecho a la tutela judicial efectiva. Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, ISSN-e 2695-7728, ISSN 0213-988X, N° 21, 2003.
43. SUÁREZ SANDOMINGO, José Manuel. “*Historia dos dereitos de infancia*”, Xunta de Galicia, España, Versión traducida [en línea] <<http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfancia.cast.pdf>> [consulta: 4 de julio de 2018].
44. TRONCOSO VERGARA, María y PUYOL WILSON, Carolina. “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oído en tribunales de familia: Una aproximación psicojurídica”, PRAXIS. Revista de Psicología, Año 16, N° 25, 2014.

45. TRUJILLO ARMAS, Raúl. "Derechos del niño: evolución y perspectivas desde la pediatría social" Canarias Pediátrica, ISSN 1131-6128, Vol. 24, N°3, 2000.
46. UNICEF. "Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes: Guía práctica para su aplicación", 3ª Edición, Santo Domingo, 2006, [en línea] <https://www.unicef.org/REPÚBLICAdominicana/uniCef_proyecto.pdf> [consulta: 5 de enero de 2019].
47. VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile". Ius et Praxis, Vol. 17, N° 1, 2011.
48. VV.AA. "La audiencia del menor en los procesos de familia", Editorial Jurídica Sepín, ISBN: 978-84-17788-77-3, Madrid, España, 2019.