



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado**

**EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A LA DEFENSA
TÉCNICA.**

EL ABOGADO DEL NIÑO, UNA TAREA PENDIENTE EN CHILE

Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho de Familia(s) y Derecho de
la Infancia y de la Adolescencia

CONSTANZA GONZÁLEZ LUCHSINGER

Profesor Guía: Gabriel Hernández Paulsen

Santiago de Chile

2019

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. LOS NNA COMO SUJETOS DE DERECHO Y SU DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA.....	5
1. La Convención sobre los Derechos del Niño y el cambio de paradigma: el niño como sujeto de derecho.....	5
1.1. Del modelo de la situación irregular al modelo de protección integral.....	5
1.2. Principios que inspiran la concepción de los NNA como sujetos de derecho.....	10
1.2.1. No discriminación.....	10
1.2.2. El interés superior del niño.....	11
1.2.3. Autonomía progresiva.....	14
1.2.4. El derecho del niño a ser oído.....	16
1.2.5. Efectividad de los derechos.....	17
2. El derecho a la defensa de los NNA.....	17
2.1. El derecho de los NNA al debido proceso.....	17
2.2. El derecho a la defensa: aspectos generales.....	21
2.2.1. Concepto.....	21
2.2.2. Dimensiones del derecho a la defensa.....	24
2.3. Los NNA como titulares del derecho a la defensa.....	26
2.3.1. El derecho de los NNA a ser oídos en los procedimientos judiciales: la dimensión material del derecho a la defensa.....	26
2.3.2. El derecho de los NNA a la representación letrada: la dimensión técnica del derecho a la defensa.....	29
CAPÍTULO II. LA PARTICIPACIÓN DE LOS NNA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE FAMILIA EN CHILE.....	34
1. Análisis de los requisitos de la capacidad como presupuesto procesal en los procedimientos judiciales de familia respecto de NNA.....	35
1.1. La capacidad para ser parte.....	35
1.2. La capacidad procesal o de actuación procesal.....	37
1.3. La capacidad de postulación o la representación letrada procesal.....	41

2. Participación directa y personal en los procedimientos judiciales de familia .41	
2.1. Participación a través del ejercicio del derecho ser oído.....42	
2.2. Hipótesis específicas de participación en procedimientos judiciales especiales seguidos ante los tribunales de familia44	
3. Participación a través de representación letrada: la figura del curador “ad litem” en la Ley N° 19.968.....46	
3.1. Breves apuntes sobre las curadurías en el Código Civil46	
3.2. Regulación del curador “ad litem” en la Ley N° 19.96848	
3.2.1. Hipótesis de procedencia49	
3.2.2. Designación: quién, cuándo y a quién51	
3.2.3. Función e interés representado52	
3.2.4. Críticas53	
3.3. Situación actual en materia de representación judicial de los NNA: Programa “Mi Abogado”56	
CAPÍTULO III. EL ABOGADO DEL NIÑO COMO MECANISMO DE REPRESENTACIÓN JUDICIAL PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA59	
1. Reseña sobre modelos de representación judicial de NNA en los procedimientos de familia en derecho comparado59	
2. Análisis de la figura del abogado del niño en el derecho comparado: los modelos de representación de Argentina y Estados Unidos62	
2.1. Argentina63	
2.1.1. Consagración legal.....63	
2.1.2. Discusiones en torno a la figura del abogado del niño67	
2.1. Estados Unidos74	
2.2.1. Consagración legal.....74	
2.2.2 Actas modelo y estándares elaborados por entidades privadas77	
3. Propuesta de regulación para Chile85	
3.1. Fundamentos85	
3.2. Análisis de categorías.....86	
CONCLUSIONES94	
BIBLIOGRAFÍA.....98	

RESUMEN

La presente obra tiene por objeto demostrar la necesidad de incorporar la figura del abogado del niño en el ordenamiento jurídico chileno, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) el derecho a la defensa técnica y permitirles una participación efectiva y eficaz en los procedimientos judiciales de familia que los afectan.

Para lograr el objetivo propuesto, se analiza la situación actual en materia de representación de NNA en los procedimientos judiciales de familia en Chile a la luz de la normativa internacional en materia de derechos humanos, en particular de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN). También se tendrá en consideración la experiencia comparada de Argentina y Estados Unidos en lo relativo a sus modelos de representación judicial para NNA en los procedimientos de familia.

El estudio concluye que la regulación actual en materia de representación judicial de NNA en los procedimientos de familia en Chile no se ajusta a los principios que inspiran la CDN y no garantiza el derecho a la defensa técnica de NNA. En consecuencia, se considera necesario construir un sistema de representación judicial que, inspirado en el modelo de la protección integral de los derechos, incluya la figura del abogado del niño, permitiendo la participación real y efectiva de NNA en los procedimientos de familia que los afectan.

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años las políticas de infancia de Chile, fundamentalmente en el área de protección, han estado en el foco de la opinión pública. El caso más emblemático es el de Lisette Villa, una niña de 11 de años que murió internada en un recinto del SENAME en el año 2016, supuestamente producto de la violencia física infligida por sus cuidadores.

El caso de Lisette trascendió el ámbito nacional, pues motivó una solicitud de intervención del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante el Comité), en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El informe emitido por el Comité, dado a conocer en julio del año 2018 por el Ministerio de Justicia, además de constatar la existencia de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos de NNA bajo la tutela del Estado, producto de la deficiencia y mal funcionamiento del sistema de protección residencial, reveló otra preocupante verdad.

Según los resultados de la investigación, solo un 32,1% de los niños entrevistados tuvo la oportunidad de hablar con el magistrado que conoció su caso y apenas un 30,8% señaló haber tenido contacto con el abogado que los representó en sus causas¹.

¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2018. Informe de la investigación relacionada con Chile, en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones. 11p.

Las cifras citadas nos demuestran que, en un procedimiento tan invasivo como el de aplicación de medidas de protección, el derecho de los NNA a participar de los procesos que los afectan no está siendo respetado.

El derecho a la participación, como un supuesto básico de toda sociedad que se pretende democrática, ha sido históricamente desconocido a las personas menores de edad en todos los ámbitos de la vida y especialmente en los procesos judiciales, cuyo espacio ha sido reservado para los adultos.

Adicionalmente, el derecho a la participación se encuentra intrínsecamente ligado con el derecho al debido proceso, ya que el objetivo de este es precisamente “garantizar que el individuo no sea meramente un objeto de la resolución judicial, sino que tenga ocasión de ser oído antes de que un fallo afecte sus derechos”².

La conexión entre el derecho a la participación y el debido proceso nos lleva necesariamente a concluir que cuando decimos que se ha vulnerado el derecho a la participación de NNA en los procedimientos judiciales que los involucran, estamos diciendo también que no se ha respetado el derecho al debido proceso.

En este contexto, surge una serie de preguntas: ¿a qué se debe la falta de participación de los NNA en los procedimientos judiciales de familia?; ¿contamos con un modelo de representación que permita la participación activa y eficaz de los NNA en los procesos que los involucran?; ¿tienen los NNA

² HASS, EVELYN. 2006. Las garantías constitucionales en el proceso alemán. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 12°. 108p., citado por RODRÍGUEZ, LAURA. 2011. Infancia y Derechos: Del patronato al abogado del niño. Experiencia de la clínica jurídica de la Fundación Sur. Buenos Aires, Eudeba, Fundación Sur.

derecho a ser representados en juicio por un abogado que defienda sus intereses?

Nuestra hipótesis es que nuestro ordenamiento jurídico no contempla una estructura de defensa judicial ni un marco jurídico integral que garantice y permita la participación de los NNA en los procedimientos judiciales de familia, de conformidad a los principios establecidos por la CDN, en particular el derecho a ser oído y la autonomía progresiva.

Frente al contexto referido, proponemos evaluar en esta obra la figura de representación judicial conocida como el abogado del niño, como una forma de reconocer la condición de sujetos de derecho de los NNA con autonomía progresiva y de garantizar la participación de estos en los procedimientos judiciales de familia.

Para efectos de exposición, el presente trabajo se dividirá en tres capítulos.

El primer capítulo tiene por objeto abordar los fundamentos que posicionan a los NNA como sujetos de derecho y en particular como titulares de derechos procesales, dentro de los cuales destacan el derecho al debido proceso y a la defensa.

En el segundo capítulo se analizará la participación de los NNA en los procedimientos de familia en Chile y la representación judicial de estos a través de la figura del curador *ad litem*, con la finalidad de determinar si nuestro modelo se ajusta a los principios y requerimientos de la CDN y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen derechos a NNA.

Por último, en el tercer capítulo, se examinará la figura conocida como el abogado del niño como un mecanismo de representación judicial de NNA, para lo cual se revisará la experiencia comparada de Argentina y Estados Unidos.

CAPÍTULO I. LOS NNA COMO SUJETOS DE DERECHO Y SU DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA

1. La Convención sobre los Derechos del Niño y el cambio de paradigma: el niño como sujeto de derecho

1.1. Del modelo de la situación irregular al modelo de protección integral

La CDN, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, es el tratado internacional de derechos humanos más ratificado de la historia. A la fecha, cuenta con la ratificación de 193 países –entre ellos Chile, en el año 1990³–, siendo Estados Unidos el único país que no ha completado el proceso de ratificación.

Si bien existen otros instrumentos internacionales previos a la CDN referidos específicamente a NNA, tales como la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1924 por la Liga de las Naciones, y la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en 1959 por las Naciones Unidas⁴, ninguno de ellos tuvo el impacto social, cultural y normativo que ha alcanzado la CDN en los países de todo el mundo y particularmente en América Latina.

³ La CDN fue promulgada en Chile por Decreto N° 830 de 27 de noviembre de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴ Otros instrumentos internacionales previos a la CDN que se refieren a los NNA son la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala en su artículo 25 que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales, y los Pactos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –artículos 10 al 15– y sobre Derechos Civiles y Políticos – artículos 23 y 24– que mencionan a la familia y a los NNA como titulares de derechos.

Desde el punto de vista normativo, la CDN destaca por haber mejorado sustancialmente la condición jurídica de los NNA al reconocerlos como verdaderos sujetos de derecho capaces de ejercerlos autónomamente conforme a la evolución de sus facultades.

Efectivamente, la CDN significó un cambio absoluto de paradigma que transformó la posición de los NNA frente a los demás miembros de la sociedad y el Estado. Este cambio, de notas revolucionarias, es conocido por la doctrina latinoamericana como el paso del “modelo tutelar o de la situación irregular” al “modelo de protección integral de los derechos de los niños”⁵.

Antes de la CDN, bajo el modelo de la situación irregular, los NNA eran considerados sujetos incapaces y desprovistos de derechos, por lo cual la relación con el Estado y la sociedad era de asistencialismo y caridad. No había derechos que exigir ni reclamar, pues los NNA eran solo un objeto de protección⁶.

Adicionalmente, el modelo de la situación irregular discriminaba entre NNA, distinguiendo a “los menores”, que correspondían a aquellos que no formaban parte del circuito tradicional de socialización, esto es, que no se educaban en el seno de una familia ni asistían al colegio⁷, de los demás NNA.

Dependiendo del grupo a que se pertenecía, el trato por parte del Estado

⁵ Para un análisis pormenorizado de ambos modelos, véase BELOFF, MARY. 2004. Los derechos del niño en el sistema interamericano. Editores del Puerto. Buenos Aires. Capítulo I, 20p. y ss.

⁶ BELOFF, MARY. 2004. Op. cit. 24-25pp.

⁷ Integran este grupo los niños pobres, indigentes, desvalidos, delincuentes y, en general, los excluidos de la sociedad. BELOFF, MARY. 2004. Op. cit. 23p.

difería, pues mientras “los menores” debían ser controlados a través de políticas públicas de internación y represión, la protección de los demás NNA era considerada un asunto que incumbía únicamente a la familia.

Así, pues, no exageramos cuando decimos que el cambio promovido por la CDN tiene un carácter profundamente revolucionario.

El modelo de la protección integral no estigmatiza ni segrega a los más desfavorecidos, pues, al reconocer a los NNA como sujetos de derecho, tiene su base en la protección de derechos y no en la protección de personas como ocurría con el modelo de la situación irregular⁸.

A mayor abundamiento, otra característica que destaca de la CDN es que reconoce que los NNA son titulares de derechos fundamentales que hasta ese entonces les habían sido desconocidos. Efectivamente, la CDN no solo establece que los NNA son titulares de derechos económicos, sociales y culturales, sino también de derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión, de asociación y de reunión, entre otros.

En este contexto, la CDN también garantiza el derecho de los NNA a participar en los asuntos que afectan su vida social, económica, religiosa, cultural y política, según veremos más adelante, siendo este uno de los más grandes valores de la CDN, pues, a la vez que reafirma la condición de sujetos de

⁸ CAMPOS GARCÍA, SHIRLEY. 2009. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (50): 351-378pp [en línea]: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>> [consulta: 19 junio 2019]. 357p.

derecho, los reconoce como ciudadanos miembros de una comunidad⁹".

Adicionalmente, la CDN establece que los NNA son merecedores de una protección especial debido a su condición de vulnerabilidad y dependencia, por lo cual les reconoce derechos propios y exclusivos, tales como el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial al resolver asuntos que los afectan o el derecho a ser oídos conforme a su edad y madurez, según veremos más adelante¹⁰.

Aun cuando la CDN se considera el tratado internacional más relevante en materia de derechos humanos de NNA, este no es el único. Es importante tener claro que el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de los NNA no se limita a la CDN, sino que comprende además todos aquellos instrumentos internacionales que reconocen y garantizan derechos humanos¹¹. Por consiguiente, la CDN establece un piso mínimo de derechos y no un catálogo cerrado y restrictivo de estos.

En respuesta al compromiso adquirido tras la ratificación de la CDN, diferentes países de nuestra región comenzaron un proceso de adecuación normativa a los estándares que esta impone. Este proceso se ha llevado a cabo fundamentalmente a través de la dictación de códigos de la niñez y la adolescencia, como sucedió en Brasil, o leyes marco de protección integral de los derechos de NNA, como ocurrió en Argentina.

⁹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2001. Los derechos del niño: De la proclamación efectiva a la protección efectiva. Revista Justicia y Derechos del Niño, (3): 50p.

¹⁰ El preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) ya advertía la necesidad de protección especial de los NNA, al señalar "que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales [...]".

¹¹ CAMPOS GARCÍA, SHIRLEY. 2009. Op. cit. 354p.

Pese a que Chile ha realizado diversas reformas legislativas para armonizar su ordenamiento a la CDN¹², aún no cuenta con una ley que proteja de forma integral los derechos de NNA y, asimismo, dote de efectividad a los derechos reconocidos por la CDN. Aún peor, Chile mantiene vigente la Ley de Menores¹³, cuyo contenido refleja a la perfección la lógica tutelar que la CDN quiso dejar atrás.

Sin embargo, desde el año 2015 se encuentra en tramitación un proyecto de ley, titulado “Sistema de garantías de los derechos de la niñez”¹⁴ (en adelante Proyecto de Ley de Garantías de la Infancia), cuyo objeto es justamente el establecimiento de un sistema que garantice y proteja de manera integral los derechos de los NNA.

Esperamos que, a diferencia de otras iniciativas¹⁵, el Proyecto de Ley de Garantías de la Infancia se convierta prontamente en ley, dando cumplimiento así a las constantes recomendaciones efectuadas por el Comité en esta

¹² Entre ellas podemos mencionar la Ley N° 19.585, que consagró la igualdad filiativa; la Ley N°19.968, que implementó la justicia especializada en materias de familia; la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente y, recientemente, la Ley N° 21.067, que creó la Defensoría de la Niñez, entre otras.

¹³ CHILE. Ministerio de Justicia. 1967. Ley N° 16.618: Ley de Menores, 8 de marzo de 1967.

¹⁴ El proyecto que “Establece el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez” (Boletín N° 10.315-18) fue ingresado, en septiembre de 2015, a tramitación legislativa por mensaje de la presidente de la República de ese entonces, Michelle Bachelet Jeria. Posteriormente, en mayo de 2017, fue aprobado con modificaciones por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional y se encuentra en segundo trámite constitucional con urgencia simple para su conocimiento.

¹⁵ El Proyecto de Ley de Garantías de la Infancia es precedido por dos iniciativas presidenciales sobre la misma materia que se encuentran sin tramitación hace años, a saber: Boletín N° 3.792-07 de 2005, denominado “Protección de los derechos de infancia y adolescencia”, y Boletín N° 8.911-18 de 2013, denominado “Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

materia¹⁶.

1.2. Principios que inspiran la concepción de los NNA como sujetos de derecho¹⁷

La CDN contiene principios que son clave para comprender la concepción de los NNA como titulares de derechos y su relación con el Estado, la sociedad y la familia.

Los principios que mencionaremos a continuación inspiran todo el catálogo de derechos establecido por la CDN y sirven como pauta no solo para su propia interpretación, sino que para la de todos los demás instrumentos internacionales que reconocen derechos a los NNA.

Asimismo, dado que Chile ha ratificado la CDN, se encuentra obligado por estos principios y debe respetarlos en todos los asuntos en que se encuentran involucrados NNA.

1.2.1. No discriminación

Como bien advierte CILLERO, la CDN es en sí misma un tratado en contra de la discriminación¹⁸.

¹⁶ En los últimos 3 informes (2007, 2015 y 2018), el Comité ha recomendado a Chile derogar la Ley de Menores y promulgar una ley sobre protección integral de los derechos del niño, teniendo en cuenta los principios y las disposiciones de la CDN.

¹⁷ Principios planteados por CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999a. Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios. Revista Derecho a Tener Derechos, Tomo IV, Unicef-IIN. [en línea]: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf [consulta: 19 junio 2019].

¹⁸ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999a. Op. cit. 8-10pp.

Por una parte, la CDN reacciona frente a la discriminación arbitraria sufrida históricamente por los NNA, reconociéndoles la calidad de sujetos de derecho al igual que a los adultos. Si bien dicha condición nunca les fue negada explícitamente por ningún instrumento internacional, en la práctica fue opacada y desconocida debido a la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones de menores¹⁹, de la cual aún existen resabios en Chile según veremos más adelante.

Por otra parte, la CDN ordena a los Estados Partes a respetar los derechos consagrados en ella y a asegurar su aplicación a todos los NNA que se encuentran bajo su jurisdicción, sin distinción alguna.

1.2.2. El interés superior del niño²⁰

La primera referencia al concepto de interés superior del niño, en dichos términos, se efectuó treinta años antes de la aprobación de la CDN, en la Declaración Universal de los Derechos del niño proclamada por las Naciones Unidas el año 1959²¹. No obstante, el desarrollo teórico y práctico que ha alcanzado el concepto al día de hoy se debe a su posterior consagración en la CDN.

¹⁹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999a. Op.cit. 5p.

²⁰ El Comité ha señalado que el interés superior del niño es un concepto triple al ser considerado un principio, un derecho sustantivo y una norma de procedimiento. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación General N° 14, Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial. Párrafo 4.

²¹ El principio VII de la Declaración de los Derechos del niño estipula que “[e]l interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres”.

El artículo 3 de la CDN hizo extensivo a la esfera pública el mandato ya contenido en la Declaración y dirigido esencialmente a los padres, disponiendo que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Si bien el artículo 3 de la CDN no menciona expresamente a los padres como obligados a considerar el interés superior de los NNA, el artículo 18 de la CDN sí lo hace, al prescribir que la preocupación fundamental de ambos padres en la crianza y desarrollo de los niños es su interés superior.

De conformidad a lo señalado por el Comité, adoptar una decisión conforme al interés superior de los NNA importa "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño"²². En otras palabras, el interés superior no es otra cosa que "la plena satisfacción de los derechos del niño en el caso concreto"²³⁻²⁴.

De lo anteriormente señalado es posible concluir que el principio del interés superior está dotado de un contenido específico y objetivo que se encuentra determinado por los derechos de los NNA. En este sentido, la función principal

²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Op.cit. Párrafo 4.

²³ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999b. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Revista Justicia y Derechos del Niño (1): 54p.

²⁴ En nuestra legislación, el artículo 2 de la Ley N° 20.084, que "Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal", acoge esta definición, al disponer que el interés superior del adolescente "se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos", para luego señalar que "las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes".

del interés superior es operar como un límite a la discrecionalidad de las autoridades, pues les recuerda que ellas “no “constituyen” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”²⁵.

Para lograr la plena satisfacción de los derechos de NNA, es necesario evaluar y determinar el interés superior caso a caso, considerando la situación concreta del niño en cuestión y teniendo en cuenta el contexto, la situación, sus necesidades personales y especialmente su opinión. Al respecto, COUSO señala que escuchar la opinión del niño respecto a cuáles son sus intereses o cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos es una exigencia de su condición de sujetos de derecho y es fundamental en la configuración del interés superior²⁶.

Finalmente, cabe señalar que frente a todas las variables que puedan existir al momento de resolver un conflicto en que se encuentran involucrados NNA, el interés superior debe ser una consideración primordial. De acuerdo a lo señalado por el Comité, “la consideración del interés superior como algo primordial’ requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate”²⁷.

²⁵ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999b. Op.cit. 57p.

²⁶ COUSO SALAS, JAIME. 2006. “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 N°s. 3 y 4, 148p. En este mismo sentido, PÉREZ MANRIQUE, RICARDO. 2007. Participación judicial de los niños, niñas, y adolescentes. Revista Justicia y Derechos del Niño (9), UNICEF: 225p.

²⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Op. cit. Párrafo 40.

1.2.3. Autonomía progresiva

El principio de la autonomía progresiva, contemplado en el artículo 5 de la CDN, es uno de los principios más revolucionarios del instrumento internacional, pues reconoce capacidad de agencia a los NNA al permitirles ejercer por sí mismos sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”.

El problema y desafío que plantea el reconocimiento de la autonomía progresiva a NNA radica en la forma y condiciones en que estos ejercerán sus derechos, cuestión que no se encuentra resuelta del todo por la CDN.

Al respecto, LANDSDWON explica que precisamente lo que está en discusión al plantear la autonomía progresiva “[e]s en qué medida los niños ejercen dichos derechos por sí mismos, cuáles responsabilidades asumen en nombre de ellos sus padres u otras personas encargadas de su cuidado y cómo se produce el proceso de transición”²⁸.

De todas maneras, la CDN nos señala los contornos de este principio, introduciendo una importante transformación en la relación entre padres e hijos, quienes, desde un poder omnímodo y absoluto propio del modelo tutelar, pasaron a asumir un rol de dirección y orientación, cuyo objetivo único es permitir que sus hijos puedan alcanzar por sí mismos el ejercicio de sus derechos.

Por consiguiente, el alcance de la actuación de los padres está determinado por el desarrollo autonómico de sus hijos. Esto significa que el rol de los padres debe ir perdiendo cada vez más protagonismo a medida que los NNA van

²⁸ LANDSDOWN, GERISON. 2005. La evolución de las facultades del niño, *Innocenti Research Center*. Florencia, Italia. UNICEF. 21p.

creciendo, hasta desaparecer por completo al alcanzar los hijos la mayoría de edad²⁹.

Del mismo modo, el Comité ha señalado que cuantas más cosas sepan, experimenten y comprendan los NNA, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad³⁰.

En definitiva, mientras las facultades y la madurez de los NNA lo permitan, estos son los primeros llamados a ejercer sus derechos, cumpliendo los padres un rol de guía y orientación para cumplir con dicho objetivo.

Por otra parte, la autonomía progresiva de NNA se encuentra implícita en el reconocimiento de una serie de derechos personalísimos que la suponen, tales como: el derecho a la libertad de expresión (artículo 13); la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (artículo 14); el derecho a la libre asociación (artículo 15); el derecho a la intimidad (artículo 16), y el derecho a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en función de su edad y madurez (artículo 12).

²⁹ GALLETI, JUDITH Y MANGIONI, MIRTA. 2015. Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, Nueva Época, (9):101p.

³⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009a. Observación General N° 12 sobre El derecho a ser escuchado. Párrafo 84.

1.2.4. El derecho del niño a ser oído

El derecho a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la CDN, garantiza a todos los NNA que están en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos aquellos asuntos que los afecten, y a que esa opinión sea debidamente tomada en cuenta, atendida su edad y madurez.

De acuerdo a lo señalado por el Comité, el derecho a ser oído otorga a los NNA un verdadero derecho a participar en las decisiones que los afectan. Con esta calificación, el Comité advierte que el derecho a ser oído no se agota en una única escucha, sino que importa la existencia de un proceso en el que los NNA deben ser escuchados de forma continua y regular³¹.

El reconocimiento del derecho a ser oído es una de las más claras manifestaciones del cambio de paradigma que se propuso la CDN, pues da cuenta que los NNA no solo son titulares de derechos relacionados con su protección y provisión, sino que también de derechos que los posicionan como sujetos con capacidad de agencia y autonomía que tienen la facultad de participar e intervenir respecto de las decisiones que se adoptan en torno a su propia vida y en relación a la comunidad de la que forman parte³².

³¹ En este sentido se ha pronunciado el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009a. Op. cit. Párrafo 3.

³² En este sentido, ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. 2015. La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015. Comentarios de Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho Privado, (25): 258-259pp.; FLORES, ONA. 2013. Entrevista a Aoife Nolan: Recientes Avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales, Anuario de Derechos Humanos (9): 220-221pp., y LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2004. El derecho del niño a ser oído. Nuevas tendencias del Derecho. Varios autores; coordinadora María Dora Martinic. Santiago, LexisNexis. 149p.

Sobre las particularidades de este derecho nos pronunciaremos más adelante a propósito del derecho del niño a ser oído como una garantía integrante del debido proceso.

1.2.5. Efectividad de los derechos

El principio de efectividad de los derechos, garantizado en el artículo 4 de la CDN, obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole necesarias para lograr el cumplimiento cierto de los derechos reconocidos por la CDN.

De acuerdo al precepto citado, los Estados Partes no solo están obligados a incorporar en su ordenamiento jurídico interno los derechos ya reconocidos por la CDN, sino que además tienen la obligación de adoptar todos los mecanismos necesarios para lograr una protección real.

En palabras de CILLERO, el artículo 4 de la CDN exige “una protección efectiva, una continuidad entre los derechos declarados y los mecanismos jurídicos para asegurar su protección”³³.

2. El derecho a la defensa de los NNA

2.1. El derecho de los NNA al debido proceso

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental que permite que los procedimientos, de cualquier naturaleza, se desarrollen de manera racional y justa para todas las partes.

³³ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999a. Op. cit. 11p.

Para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial, el derecho al debido proceso exige que el órgano juzgador cumpla con ciertas condiciones³⁴. Algunas de estas condiciones, conocidas como garantías del debido proceso, son el derecho a contar con un juez predeterminado por ley, independiente e imparcial; a ser oído; a que se presuma la inocencia en caso de ser acusado de cometer un delito y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor, entre otras.

Aunque sin referirse expresamente al concepto de debido proceso, diferentes tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, como la Convención Americana de Derechos Humanos³⁵ (en adelante la Convención Americana) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶, reconocen este derecho.

Si bien, los tratados internacionales se refieren generalmente a las garantías del debido proceso utilizando términos propios del ámbito penal, pues su origen se remonta a dicha rama del derecho, esto no quiere decir que estas se limitan únicamente a dicha clase de procedimientos. Actualmente existe consenso en que las garantías del debido proceso son un derecho de las partes en todo tipo de procedimientos, incluyendo aquellos de naturaleza administrativa.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1987. Opinión Consultiva 9/87, sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Párrafo 118.

³⁵ Artículo 8, sobre Garantías Judiciales, y artículo 25, sobre Protección Judicial.

³⁶ Artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) al indicar que las garantías judiciales consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se aplican a toda clase de procedimientos, sean estos judiciales o administrativos, sin limitarse a los de naturaleza criminal³⁷.

Como personas y sujetos de derecho, los NNA son titulares del derecho al debido proceso y, por ello, toda pena o medida adoptada a su respecto debe ser el resultado de un procedimiento que respete las garantías procesales que integran dicho derecho³⁸.

Así lo ha reafirmado la CIDH al señalar expresamente que las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana se reconocen a todas las personas y deben reflejarse “en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.”³⁹

Por su parte, la CDN consagra el derecho de los NNA al debido proceso al contemplar una serie de garantías procesales en casos de tortura, privación de libertad y en los procedimientos penales en que estos se encuentran involucrados como supuestos victimarios⁴⁰.

En el plano interno, la doctrina y la jurisprudencia constitucional de Chile coinciden en que el derecho al debido proceso se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión Consultiva 17/2002, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Párrafo 95.

³⁸ En este sentido, MAIER, JULIO. 2000. Los niños como titulares del derecho al debido proceso. Revista Justicia y Derechos del Niño (2). Buenos Aires, UNICEF. 18p.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Op.cit. Párrafo 95.

⁴⁰ Artículos 37 y 40 de la CDN.

República⁴¹, el cual prescribe que: “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 Chile no cuenta con una norma que consagre especialmente el derecho de los NNA al debido proceso, esperamos que dicha situación cambie con la aprobación del Proyecto de Ley de Garantías de la Infancia.

Tras las modificaciones efectuadas por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, el Proyecto referido consagra el derecho al debido proceso en términos muy similares a los que utiliza la Constitución Política, prescribiendo que: “Todo niño tiene derecho a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se le respeten las garantías de un proceso racional y justo.”⁴²⁻⁴³

⁴¹ Para más información sobre la construcción del derecho al debido proceso por el Tribunal Constitucional chileno, GARCÍA PINO, GONZALO Y CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO. 2013. El Derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, 11, (2).

⁴² Artículo 35 del Boletín N° 10.315-18, Proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados en Primer Trámite Constitucional: “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.// Los órganos del Estado propenderán a una efectiva especialización de todos los funcionarios cuyas tareas tengan relación con la protección de los derechos del niño, asegurando la promoción de sus derechos, fomentando, difundiendo y capacitando en estos derechos a familias, comunidades, municipios, administración, organismos de la sociedad civil y otros órganos del Estado”.

⁴³ El proyecto presentado por mensaje presidencial contemplaba el derecho al debido proceso en términos muy generales, sin hacer mención de las garantías de este. El artículo original rezaba así: “Artículo 14. Debido proceso y especialización. El Estado velará por asegurar que todo niño pueda hacer valer en los procedimientos en que interviniere los derechos y garantías que le confieren la Constitución, los tratados internacionales vigentes en Chile y las leyes. // Los órganos

Además, entre las modificaciones efectuadas al Proyecto original, la Cámara de Diputados agregó una cláusula abierta de garantías judiciales, prefiriendo este formato frente a una enumeración taxativa, remitiéndose así a todos los derechos y garantías que la Constitución Política de la República y los tratados internacionales ratificados por Chile le confieren a los NNA en esta materia.

Consideramos que, pese al reconocimiento constitucional, Chile requiere una consagración especial del derecho al debido proceso, como la contenida en el Proyecto de Ley de Garantías de la Infancia, para que los NNA puedan gozar efectivamente de este derecho fundamental y no se les niegue o desconozca en razón de su minoría de edad, como ocurre a diario en la práctica judicial en los tribunales de familia, según veremos más adelante.

2.2. El derecho a la defensa: aspectos generales

2.2.1. Concepto

El derecho a la defensa es una de las garantías más importantes del debido proceso, pues surge como una exigencia del principio del contradictorio y del principio de igualdad entre las partes, ambos presupuestos esenciales de todo procedimiento que aspira a ser legítimo en términos procesales⁴⁴.

La garantía en comento exige que las partes que intervienen en un proceso estén representadas adecuadamente y tengan la posibilidad de intervenir

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

⁴⁴ Tribunal Constitucional Rol N° 621-2006, de 29 de mayo de 2007, considerando 6º, citado por GARCÍA PINO, GONZALO Y CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO. 2013. Op. cit. 229-232pp

directa y oportunamente en este, con la finalidad de ser escuchadas e influir en la decisión final⁴⁵.

En otras palabras, el derecho a la defensa es la garantía que permite a las partes o interesados de un proceso participar en la formación de la decisión jurisdiccional⁴⁶.

En términos generales, el derecho a la defensa concede a las partes tres facultades durante el transcurso del procedimiento⁴⁷.

La primera de estas es la posibilidad de actuar durante todo el procedimiento por sí mismas o a través de asistencia letrada, lo que supone que las partes hayan sido debida y oportunamente emplazadas.

La segunda facultad consiste en la posibilidad de efectuar alegaciones y rendir pruebas tanto para acreditar las afirmaciones propias como para refutar las sostenidas por la contraria, surgiendo con ello la obligación del tribunal de hacerse cargo de los argumentos sostenidos por las partes.

Por último, la tercera facultad tiene una dimensión negativa que consiste en impedir que, por una acción del tribunal, se prive a las partes del ejercicio del derecho a la defensa.

⁴⁵ MILLÁN, PATRICIO Y VILLAVICENCIO, LUIS. 2002. La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección. *Revista de Derechos del Niño*, (1): 57p.

⁴⁶ CAROCCA, ALEX. 1997. *Derechos Humanos y Derecho Civil: Perspectiva Procesal*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile, 43p., citado por MILLÁN, PATRICIO Y VILLAVICENCIO, LUIS. 2002. Op. cit. 58p.

⁴⁷ MILLÁN, PATRICIO Y VILLAVICENCIO, LUIS (2002). Op. cit. 58-59pp.

Por otra parte, a pesar de que el derecho a la defensa suele asociarse al derecho penal, de la misma forma que ocurre con el derecho al debido proceso, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que dicho derecho es una exigencia mínima de toda clase de procedimientos⁴⁸⁻⁴⁹.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la defensa se encuentra consagrado, por ejemplo, en la Convención Americana, a propósito de las garantías judiciales, al disponer que “es un derecho irrenunciable el ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado”⁵⁰, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual garantiza a todas las personas “el derecho de ser asistido por un defensor de su elección”⁵¹.

Por su parte, en nuestro ordenamiento el derecho a la defensa se encuentra garantizado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República en los siguientes términos: “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”.

⁴⁸ Tribunal Constitucional Rol N° 1411-2009, de 07 de septiembre de 2010, considerando 7°, citada por GARCÍA PINO, GONZALO Y CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO. 2013. Op. cit. 268p.

⁴⁹ En este sentido se pronuncia también MONTERO AROCA. 1997. Principios del proceso penal. Tirant lo Blanch. Valencia. 140p., citado por HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile.

⁵⁰ Artículo 8.2 letra e) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵¹ Artículo 14.3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.2.2. Dimensiones del derecho a la defensa

La doctrina ha identificado en el derecho a la defensa una doble dimensión, conformada por una manifestación material y otra formal o técnica, cada una de las cuales confiere a las partes o interesados diferentes garantías específicas.

- **La defensa material**

El derecho a la defensa en su dimensión material, también denominado autodefensa, es la manifestación más elemental de dicho derecho. Esta consiste en la intervención directa y personal de la parte en el procedimiento y se encuentra integrada, entre otros, por derechos de intervención e información⁵², tales como el derecho a conocer íntegramente de las alegaciones efectuadas por la contraria y la posibilidad de poder reaccionar ante ellas.

En esta dimensión del derecho a la defensa la doctrina identifica el derecho a ser oído, reconocido en diversos instrumentos internacionales y específicamente en la CDN⁵³, según vimos.

⁵² HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. 2002. Op. cit., 77p.

⁵³ Entre estos, MAIER, JULIO. 1989. Derecho Proceso Penal Argentino. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires. 2ª edición, tomo 1. [vol. B], 316p. En: RIEGO, CRISTIÁN. 1994. El Procesal Penal Chileno y los Derechos Humanos, en Cuadernos de Análisis Jurídico, serie de publicaciones especiales, N° 4, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 55p.

- **La defensa técnica**

La dimensión técnica del derecho a la defensa consiste en el derecho a intervenir y participar en juicio a través de asistencia jurídica letrada, esto es, de profesionales habilitados para el ejercicio de la abogacía.

En particular, esta dimensión del derecho a la defensa confiere a las partes la garantía de solicitar y obtener la intervención del abogado ante cualquier actividad jurisdiccional o cualquier autoridad, sin que esta pueda ser impedida o restringida por el legislador o cualquier otro órgano o autoridad⁵⁴.

En otras palabras, la garantía de la defensa técnica se satisface otorgando a la parte la posibilidad de contar con un abogado de su confianza para que la represente o designándole de oficio un abogado en caso de que no se encuentre en condiciones de proporcionárselo.

Es importante señalar que, debido a la tecnicidad de los procedimientos actuales, la intervención del abogado es absolutamente necesaria para permitir a las personas participar eficazmente en la mayoría de los procedimientos, es decir, en la forma y oportunidad en que la ley lo ordena. En este sentido se pronuncia Carocca, para quien justamente el fundamento del derecho a la defensa técnica se encuentra “en la circunstancia de que el ejercicio de las facultades que confiere la garantía de la defensa precisa de unos conocimientos jurídicos que el ciudadano generalmente no tiene”⁵⁵.

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 2013. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo II. Tercera edición. Santiago, Chile, Librotecnia. 319p.

⁵⁵ CAROCCA (1998). Garantía constitucional de la defensa procesal. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik. 495p.

En razón de lo señalado, la dimensión material del derecho a la defensa, aunque elemental, debe reducirse a casos puntuales que no signifiquen poner en indefensión a las partes.

2.3. Los NNA como titulares del derecho a la defensa

A continuación, veremos las particularidades que presenta el derecho a la defensa cuando los titulares son NNA, para lo cual dividiremos el estudio en las dimensiones a las que nos referimos anteriormente.

2.3.1. El derecho de los NNA a ser oídos en los procedimientos judiciales: la dimensión material del derecho a la defensa

El derecho de los NNA a ser oídos en los procedimientos que los afectan es una manifestación de la dimensión material del derecho a la defensa y se encuentra consagrado especialmente en el artículo 12 de la CDN.

Todos los NNA tienen derecho a ser escuchados en los procedimientos que los afectan, sin importar su edad. Al respecto, el Comité es claro en señalar que los Estados Partes deben partir de la base de que todo niño tiene la capacidad requerida para que su voz sea escuchada⁵⁶.

Entre otros motivos, el Comité argumenta que la CDN no exige un mínimo de edad para el ejercicio del derecho a ser oído y que numerosas investigaciones le han permitido concluir que los niños son capaces de formarse una opinión desde una edad muy temprana, aunque no sean capaces de manifestarla verbalmente.

⁵⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 2009. Op. cit, Párrafo 20.

En este sentido, es importante que el interlocutor visualice y considere el desarrollo evolutivo de cada niño y sus características personales al momento de efectuar el proceso de escucha. Sobre todo, en el caso de los niños más pequeños que aún no han desarrollado completamente sus habilidades lingüísticas, el interlocutor debe poner especial atención en otras formas de comunicación, como son el juego, la expresión corporal, los dibujos, etc.⁵⁷.

En la misma línea, LATHROP ha señalado que el derecho del niño a ser escuchado asiste a todos los NNA, aun cuando no hayan alcanzado un juicio propio o grado de madurez suficiente o cuando, por razones psicológicas, físicas o de discapacidad, sea difícil comprender su opinión. La autora sostiene que en estos casos la opinión del niño debe ser descifrada y comprendida por profesionales expertos como psicólogos, sicopedagogos, médicos, etc.⁵⁸⁻⁵⁹.

En razón de lo anteriormente señalado, cualquier tipo de limitación etaria o de otro tipo que restrinja el ejercicio del derecho a ser oído es contraria a la CDN. Así lo ha dejado claro el Comité al recomendar a los Estados Parte a no introducir limitaciones de ese tipo en la legislación interna⁶⁰.

No obstante lo anterior, la edad es un factor que debe considerarse para determinar en qué medida los jueces deben tomar en cuenta la opinión de los NNA, aunque no debe ser el único. Junto con esta, que sirve como referencia, debe considerarse fundamentalmente la madurez de los NNA, que debe ser

⁵⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. cit. Párrafo 21.

⁵⁸ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2004. Op. cit. 154p.

⁵⁹ En este mismo sentido se pronuncia COUSO, JAIME. 2006. Op. cit. 153p.

⁶⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. cit, Párrafo 21.

entendida como la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente⁶¹.

Para algunos autores, como PÉREZ MANRIQUE, el deber de tener debidamente en cuenta la opinión de los NNA exigido por la CDN también impone al juez la obligación de fundamentar adecuadamente la aceptación o rechazo de la opinión del niño al momento de fallar la cuestión debatida⁶².

Por otra parte, es importante destacar que los NNA no pueden ser obligados a manifestar su opinión, siendo siempre una opción y no una exigencia ejercer el derecho a ser oído. En todo caso, la disposición de dicho derecho debe efectuarse luego de que los NNA han recibido la información y el asesoramiento necesario que les permita adoptar una decisión que favorezca su interés superior⁶³.

En directa relación con lo anterior, si los NNA han elegido ejercer su derecho a ser escuchados, sus interlocutores deben respetar siempre sus opiniones y velar por que sean dadas libremente, sin presiones ni manipulaciones. Para ello, los NNA deben ser informados previamente de las condiciones en que serán escuchados⁶⁴, de las opciones y posibles decisiones que pueden adoptarse y de las consecuencias de estas⁶⁵.

⁶¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. cit. Párrafos 29 y 30.

⁶² PÉREZ MANRIQUE, RICARDO. 2007. Op. cit. 225p.

⁶³ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. cit. Párrafo 16.

⁶⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. cit. Párrafo 23.

⁶⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. cit. Párrafo 25.

Finalmente, el Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde a los NNA la oportunidad de ser escuchados directamente y sin intermediarios. Sin embargo, en aquellos casos en que no sea posible y la opinión del niño deba ser manifestada por un representante, el Comité señala que este "deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitores(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad)"⁶⁶.

2.3.2. El derecho de los NNA a la representación letrada: la dimensión técnica del derecho a la defensa

Si bien es cierto que la CDN se refiere al derecho a la defensa técnica de los NNA únicamente al establecer las garantías aplicables a los procedimientos penales⁶⁷ y en los cuales se encuentra en riesgo la libertad personal de estos⁶⁸, esta aparente limitación no debe llevarnos a concluir que el ejercicio de dicho derecho se limita a las hipótesis allí señaladas.

Ciertamente, no existe razón alguna para restringir el derecho a la defensa técnica de NNA a determinados procedimientos, cuando todos los demás tratados internacionales de derechos humanos reconocen este derecho a todas las personas en todo tipo de procedimientos.

⁶⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. cit. Párrafo 37.

⁶⁷ Artículo 40 N° 2, letra b), iii) de la CDN: "Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales".

⁶⁸ Artículo 37, letra d) de la CDN: "Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción". 163p.

Así las cosas, los criterios hermenéuticos del derecho internacional de los derechos humanos, en particular el principio *pro homine*, nos orientan en esta situación, ayudándonos a interpretar adecuadamente las normas existentes. De acuerdo a dicho principio, frente a una situación de reconocimiento de derechos, debemos acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva posible, y, a la inversa, cuando se trata de establecer restricciones permanentes en el ejercicio de un derecho o de su suspensión, debemos efectuar la interpretación más restringida posible⁶⁹.

En este contexto, una interpretación sistemática del *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de NNA, que involucra la CDN y los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen a todas las personas el derecho a la asistencia jurídica, nos obliga a concluir que los NNA son titulares del derecho a la defensa técnica en todos los procedimientos en que se afectan sus intereses y no únicamente en aquellos de tipo penal⁷⁰.

Por otro lado, en el ámbito regional, las Reglas de Brasilia⁷¹ dan cuenta de la importancia de reconocer el derecho a la defensa técnica a las personas en condiciones de vulnerabilidad para garantizar el acceso a la justicia y el goce efectivo de sus derechos.

⁶⁹ PINTO, MÓNICA. 1997. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: ABREGU, MARTÍN (coord.) “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Ed. CELS-Editores del Puerto.

⁷⁰ En este sentido se pronuncia PINTO, GIMOL. 2001. La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los derechos del niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México. Justicia y Derechos del Niño, UNICEF (3):130p.

⁷¹ Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. En abril de 2018, la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana aprobó una actualización de dichas reglas.

Conforme se consigna en las propias Reglas de Brasilia, los NNA son parte de un grupo de personas en condiciones de vulnerabilidad que encuentran mayores obstáculos que el resto de la población para poder ejercer sus derechos, particularmente en lo referido al acceso a la justicia. De este modo, el derecho a la defensa técnica se presenta como una de las medidas más fundamentales para enfrentar dicho problema y permitir el goce y ejercicio pleno de los derechos.

En este sentido, las Reglas de Brasilia recomiendan promover políticas públicas destinadas a garantizar la asistencia técnico-jurídica en todos los órdenes jurisdiccionales e incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial⁷². Dicha defensa jurídica debe ser de calidad, especializada y gratuita para aquellos que no cuentan con recursos para proveérsela por sí mismos.

A diferencia de otros países de la región, Chile no contempla una norma que garantice específicamente el derecho de los NNA a la defensa técnica en procedimientos distintos a los penales⁷³, especialmente en lo referente a los procedimientos de familia.

La situación descrita podría cambiar de aprobarse el Proyecto de Ley de Garantías de la Infancia que se encuentra en tramitación, pues además de consagrar el derecho al debido proceso de NNA, según señalamos anteriormente, establece especialmente el derecho a la defensa técnica.

⁷² Capítulo II, Sección 2º: Asistencia legal y defensa pública, de la Reglas de Brasilia.

⁷³ El artículo 76 del Reglamento de la Ley N° 20.084 que Establece un Sistema de Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal, consagra el derecho de los adolescentes a contar con asesoría letrada, no solo en la defensa de las causas penales que se sigan en su contra, sino, además, en toda otra gestión judicial que, por su naturaleza, requiera su intervención. En el mismo sentido, la Ley N°20.084, en su artículo 49, consagra el derecho de los adolescentes condenados a contar con la asesoría permanente de un abogado en la etapa de ejecución de las sanciones.

El artículo 38 del Proyecto referido, aprobado por la Cámara de Diputados, consagra el derecho de los NNA a la defensa técnica en los siguientes términos: “Todo niño tiene derecho a contar con la debida defensa jurídica especializada y autónoma ante los tribunales de justicia y entidades administrativas, para el ejercicio de sus derechos en conformidad a la ley”⁷⁴.

Además del artículo citado, el artículo 35 del mismo Proyecto enumera dentro de las garantías de un proceso racional y justo “el derecho a una representación especializada y distinta de la de sus padres y/o madres o representantes legales en caso de intereses incompatibles” y “el derecho a una representación judicial especializada”⁷⁵.

Consideramos conveniente advertir el posible conflicto que puede surgir entre los artículos recién referidos, pues mientras el artículo 38 consagra el derecho a la defensa sin restricciones, el artículo 35 pareciera limitarlo a la existencia de intereses incompatibles con sus representantes legales. A nuestro juicio dicha situación es problemática porque podría significar una restricción injustificada del derecho a la defensa técnica, olvidando nuevamente que los NNA son sujetos independientes y que el rol de los padres es el de guiarlos y acompañarlos en el ejercicio de sus derechos.

Para finalizar esta sección creemos importante precisar que en nuestra opinión el derecho a la defensa técnica de los NNA, aunque intrínsecamente ligado al derecho a ser oído, por ser ambas manifestaciones del derecho a la defensa, es

⁷⁴ Boletín N° 10.315-18, Proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, artículo 38. La Cámara modificó este artículo, sustituyendo el término original de “Asistencia Jurídica” por el de “Defensa jurídica”.

⁷⁵ Boletín N° 10.315-18, Proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, artículo 35.

un derecho/garantía distinto e independiente⁷⁶ que requiere una consagración autónoma⁷⁷. De este modo, el derecho a la defensa no se satisface solo con escuchar a los NNA, sino que exige garantizarles, además, el derecho a contar con un abogado propio que les permita una participación efectiva en los procedimientos que los afectan⁷⁸⁻⁷⁹.

⁷⁶ En este sentido, CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2015). Estudio “Análisis del sistema actual de representación judicial de los niños, niñas y adolescentes por curadores ad litem y propuesta de un sistema de acceso a la justicia en el marco de un Sistema Integral de Garantías de Derechos”, realizado por Ignacio de Ferrari Vial y equipo adjunto. Santiago, Chile, 28p. y LAPLACE, MARÍA PAULA Y ROSALÍA KLUN. 2018. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a contar con un abogado. El desafío de reconocer el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afectan su vida. Revista de Derecho UNS, Año VII, Número especial: 49p.

⁷⁷ Así, por ejemplo, lo plantea la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños, al consagrar separadamente el derecho a ser oído y a la defensa técnica en el artículo 5. Dicho artículo reza así: “Las Partes examinarán la oportunidad de conceder a los niños derechos procesales complementarios en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial, en particular: a. el derecho a solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección con el fin de que les ayude a expresar su opinión; b. el derecho a solicitar por sí mismos o a través de otras personas u organismos la designación de un representante distinto y, en los casos oportunos, de un abogado; c. el derecho a nombrar su propio representante; d. el derecho a ejercitar en todo o en parte los derechos de las partes en dichos procedimientos”.

⁷⁸ En este sentido, VARGAS PAVEZ, MACARENA Y CORREA CAMUS, PAULA (2011), “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 177p; y GREEVEN BOBADILLA, NEL (2017) Filiación. Derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa. Segunda Edición Actualizada. Santiago de Chile, Editorial Librotecnia. 165p.

CAPÍTULO II. LA PARTICIPACIÓN DE LOS NNA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE FAMILIA EN CHILE

La Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, regula todos los procedimientos y las materias que se tramitan ante los Juzgados de Familia de nuestro país. Dicha ley, cuya promulgación data del año 2004, se creó con el propósito de adecuar la justicia de familia, conocida en ese entonces como justicia de menores, a la especial naturaleza del contencioso familiar y a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, en especial a la CDN.

En particular, uno de los objetivos de la creación de la Ley N° 19.968 fue el de reconsiderar la posición jurídica de los NNA en los procesos judiciales de familia. Según el Mensaje que contiene el proyecto de ley original, los NNA deben ser considerados “como sujetos de derecho que deben ser oídos, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados”⁸⁰.

En este capítulo revisaremos cómo el ordenamiento jurídico chileno aborda la participación de los NNA en los procedimientos judiciales de familia, con el fin de determinar si les reconoce la condición de sujetos de derecho exigida por la CDN en los términos expuestos en el capítulo anterior y, en particular, si se garantiza el derecho a la defensa.

⁸⁰ Mensaje del Poder Ejecutivo N° 81-336, de fecha 3 de noviembre de 1997.

1. Análisis de los requisitos de la capacidad como presupuesto procesal en los procedimientos judiciales de familia respecto de NNA

1.1. La capacidad para ser parte

La primera pregunta que surge respecto a este tema es si la ley reconoce la calidad de parte de los NNA en los procedimientos judiciales de familia que los afectan. La interrogante planteada es relevante, pues la calidad de parte es la que permite a las personas actuar en un procedimiento premunidas de derechos, siendo, según KEMELMAJER, “la manifestación más compleja del derecho a participar”⁸¹.

Respondiendo a la pregunta planteada, debemos señalar que Chile no contempla, ni en Ley N° 19.968 ni en ninguna otra, una regla general que reconozca expresamente la calidad de parte de los NNA en los procedimientos de familia que los afectan. Según una investigación realizada por VARGAS y CORREA, dicha situación ha sido uno de los factores que ha propiciado la baja participación de los NNA en los procedimientos familia que los afectan, interviniendo, cuando lo hacen, de manera accesoria y secundaria⁸². En efecto, salvo excepciones, la calidad de parte es detentada por los padres, abuelos, tíos y, en general, adultos relacionados con los NNA, quienes muchas veces son el “objeto” del procedimiento.

⁸¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y MOLINA DE JUNA, MARIEL. 2015. La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial, Revista Código Civil y Comercial N° 5. 8p. [en línea]: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf> [consulta: 19 junio 2019].

⁸² VARGAS PAVEZ, MACARENA Y CORREA CAMUS, PAULA. 2011. Op. cit. 187p.

Pese a la omisión referida, para algunos autores la calidad de parte de los NNA en los procedimientos de familia que los afectan se encuentra implícitamente reconocida en su derecho a ser escuchados.

Para LATHROP, por ejemplo, los NNA deben ser considerados parte en todos los procedimientos judiciales en que se encuentran en discusión sus derechos, pues es una exigencia del derecho a ser oído que los NNA participen activamente en dichos procedimientos⁸³⁻⁸⁴.

Asimismo, desde una perspectiva técnica procesal, NÚÑEZ señala que en todos los casos en que la ley ordena que debe consultarse la opinión de los NNA, estos deben revestir el carácter de partes subordinadas o terceros interesados. El autor explica que esto se debe a que en dichos casos los NNA son titulares de una relación conexas o subordinada a la relación principal que da origen al juicio, por lo cual su situación puede verse afectada indirectamente por la sentencia que se dicte y, además, a que tienen un interés directo en el resultado del proceso⁸⁵. A mayor abundamiento, NÚÑEZ postula que, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, donde la intervención del tercero interesado es voluntaria, en los procedimientos de familia la intervención de los NNA es forzosa, pues los jueces están obligados a consultar su opinión en aquellos casos en que sus intereses se puedan ver afectados⁸⁶.

De este modo, de conformidad a lo planteado por NÚÑEZ, el hecho de que los NNA no tengan la legitimidad procesal para demandar o para ser demandados -

⁸³ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2004. Op. cit. 153p.

⁸⁴ En este sentido se pronuncia también ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. 2015. Op. cit.

⁸⁵ NÚÑEZ ÁVILA, RENÉ LUIS Y CORTÉS ROSSO, MAURICIO. 2012. Op. cit. 140p.

⁸⁶ NÚÑEZ ÁVILA, RENÉ LUIS Y CORTÉS ROSSO, MAURICIO. 2012. Op. cit. 140p.

como sucede, por ejemplo, en los juicios de cuidado personal- no obsta que estos puedan participar en el procedimiento como terceros interesados con los mismos derechos y garantías que las partes principales.

Más allá de compartir la opinión de los autores referidos, creemos que es necesario que se reconozca expresamente la calidad de parte de los NNA en los procedimientos de familia que los afectan⁸⁷, para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a ser escuchados y la participación efectiva de los NNA mediante asistencia jurídica especializada como las demás partes del juicio.

1.2. La capacidad procesal o de actuación procesal

La capacidad procesal o de actuación procesal es definida como “la aptitud de las personas o entidades que son parte para realizar válida y eficazmente los actos procesales que corresponden”⁸⁸.

Para la doctrina, la capacidad procesal equivale a la capacidad de ejercicio en el campo del derecho civil, por lo cual “[d]el mismo modo que se puede ser sujeto de derechos y no tener el ejercicio de los derechos, o tenerlo limitado, así también puede tenerse la capacidad para ser parte en juicio, y no el ejercicio de

⁸⁷ Contrario a lo sostenido, sin ahondar en mayores argumentos, Pettigiani sostiene que los NNA no revisten el carácter de parte, sin perjuicio del derecho que tienen a ser escuchados. El autor señala que “los niños no revisten el carácter de parte procesal en tales procedimientos, pero si estos se muestran susceptibles de generar –actual o potencialmente– efectos directos sobre su persona, derechos, garantías, intereses y vida futura, resultando protagonista central de esos asuntos, conocerlo y escuchar su opinión importa devolverle subjetividad moral preservando su interés con exclusión de todo otro interés individual que se le oponga”. PETTIGIANI, EDUARDO. 2013. ¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo? Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 62, 13p.

⁸⁸ DE LA OLIVA, ANDRÉS. [s/a]. Derecho Procesal Civil (con Ignacio Díez-Picazo), 113p., citado por NÚÑEZ ÁVILA, RENÉ LUIS Y CORTÉS ROSSO, MAURICIO. 2012. Op. cit. 128p.

los derechos procesales”⁸⁹. De este modo, a falta de normas procesales, la capacidad procesal se rige por las reglas sobre capacidad contenidas en el Código Civil.

De conformidad a lo establecido por el Código Civil, las personas menores de 18 años son incapaces legalmente, por lo cual sólo pueden actuar válidamente a través de un representante legal o autorizados por este, según sea el caso⁹⁰. Generalmente dicho representante es alguno de sus padres, pero también puede ser otra persona -siempre mayor de edad- que ostente el cargo de tutor o curador⁹¹, siendo la función de estos sustituir a sus hijos o pupilos, respectivamente, y ejecutar los actos para los cuales están legalmente impedidos⁹².

En el campo procesal, las reglas referidas se traducen en que, en la generalidad de los casos, los NNA no tienen la capacidad de ejecutar actos

⁸⁹ Chioyenda, José (1977). Principios de Derecho procesal Civil (Traducción. José Casais y Santaló, Madrid, Reus), 16p. citado por GUTIÉRREZ SILVA (2009). El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de Derecho Público. Revista chilena de derecho, 36(2), 270p. [en línea]: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372009000200003#n82 [consulta 24 de abril de 2018].

⁹⁰ El artículo 1447 del Código Civil clasifica a los NNA en incapaces absolutos y relativos según su edad y género. De este modo, las niñas menores de 12 años y los niños menores de 14 años, a quienes la ley llama impúberes, son considerados incapaces absolutos, lo que implica que sus actos nunca surtirán efectos, debiendo actuar solo a través de su representante legal. Por otro lado, las niñas mayores de 12 años y los niños mayores de 14 de años, a quienes la ley llama menores adultos, son considerados incapaces relativos, lo que significa que sus actos pueden llegar a tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.

⁹¹ Artículo 43 del Código Civil en relación con los artículos 244 y 390 del mismo cuerpo legal.

⁹² LLAMBÍAS, JORGE. 1992. Tratado de Derecho Civil. Tomo I, decimocuarta edición, Editorial Perrot, Buenos Aires. 422p., citado por HERRERA MARISA. 2009. "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino". Revista Justicia y Derechos del Niño N° 11. UNICEF. 15p.

procesales válida y eficazmente, debiendo ser representados comúnmente por sus padres.

Si bien el Código Civil presenta cierta flexibilidad en materia extrapatrimonial, que les permite a NNA, en particular a los menores adultos, ejecutar personalmente ciertos actos, esta no tiene un correlato en el ámbito procesal, lo que genera inexplicables inconsistencias entre la legislación de fondo y la procesal. Por ejemplo, por un lado, la ley permite al menor adulto reconocer un hijo sin autorización de sus padres⁹³, pero, por otro lado, no le reconoce la capacidad procesal para iniciar juicios de filiación ni aquellos que digan relación con las consecuencias jurídicas que se derivan del estado civil vinculadas a su descendencia, como los juicios sobre relación directa y regular y cuidado personal⁹⁴. Otro caso similar es el de los adolescentes mayores de 16 años que pueden contraer matrimonio válido aún sin el ascenso de sus padres, pero no tienen capacidad procesal para iniciar por sí mismos las acciones de divorcio y nulidad que le permitan poner fin a dicho matrimonio⁹⁵.

A mayor abundamiento, cabe señalar que las atribuciones entregadas a los padres, en el ejercicio de la patria potestad, siendo la representación legal una de estas, se apartan de la función que la CDN les asigna a los padres. En efecto, el rol de los padres es impartir dirección y orientación a sus hijos para que vayan ejerciendo sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades y reemplazarlos absolutamente en el ejercicio de sus derechos, sustituyendo su voluntad, como ocurre al asumir su representación.

⁹³ Artículo 262 del Código Civil.

⁹⁴ En este sentido se pronuncia NÚÑEZ ÁVILA, RENÉ LUIS y CORTÉS ROSSO, MAURICIO. 2012. Op. cit. 131-132pp.

⁹⁵ Ver Artículo 5 de la Ley N° 19.947 que Establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil, y los artículos 105 a 115 del Código Civil.

En derecho comparado, algunos países han modificado las reglas internas sobre capacidad acogiendo el principio de la autonomía progresiva, consagrado por la CDN, y reconociendo, en consecuencia, que la adquisición de competencias de los NNA es gradual y personal. Argentina, por ejemplo, estableció una regla general de capacidad más flexible y respetuosa de los derechos de los NNA, a través de la cual les reconoce expresamente la posibilidad de poder ejercer sus derechos si cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente, cuestión que debe ser evaluada por el juez caso a caso⁹⁶⁻⁹⁷.

Así las cosas, las reglas en materia de capacidad y representación legal contenidas en el Código Civil distan del espíritu y los principios consagrados por la CDN, pues no reconocen a los NNA como sujetos con autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos⁹⁸, impactando directamente de forma negativa en la participación personal de los NNA en los procesos.

⁹⁶ Artículo 26 del Código Civil y Comercial Argentino (Ley N° 26.994). “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. //No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada// La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. [...]”

⁹⁷ Viola es crítica de la reforma, pues señala que, aunque importa un avance en el reconocimiento del principio de la autonomía progresiva al introducir las categorías de edad, grado y madurez como excepción a la representación legal, la regla general continúa siendo esta última. En este sentido, según la autora, esto implicaría que en la práctica se interprete, en principio, que los NNA no cuentan con el grado de madurez y desarrollo necesario para tomar decisiones sobre sus propias vidas. VIOLA, SABRINA. 2012. Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. Revista electrónica Cuestión de Derechos, Argentina. 92-93pp.

⁹⁸ En este sentido se pronuncia, GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. Revista de Derecho, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), (18) 117-137pp.

1.3. La capacidad de postulación o la representación letrada procesal

Además de los requisitos señalados anteriormente, por regla general, las partes deben cumplir con dos presupuestos adicionales para poder participar eficaz y válidamente durante el proceso. Estos presupuestos se refieren a la designación de un abogado patrocinante y de un procurador judicial.

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 524 del Código Orgánico de Tribunales, la vía a través de la cual una persona encomienda a un abogado la defensa de sus derechos en juicio es un mandato, cuya regulación se encuentra sujeta a las reglas establecidas en el Código Civil sobre los contratos de esa clase.

Así las cosas, los NNA se encuentran impedidos de encomendar por sí mismos su representación en juicio a un abogado de confianza a través de la vía de un mandato judicial, ya que son considerados por nuestra legislación como incapaces para contratar, según señalamos.

2. Participación directa y personal en los procedimientos judiciales de familia

De acuerdo a lo señalado, la participación personal de los NNA en los procedimientos judiciales de familia no es común, pues por regla general la titularidad procesal plena en materia civil solo se obtiene al alcanzar la mayoría de edad, debiendo actuar antes de ello a través de sus representantes legales.

No obstante lo señalado, la Ley N° 19.968 ha reconocido una mayor participación a los NNA, facultándolos a intervenir personal y directamente en algunos casos.

2.1. Participación a través del ejercicio del derecho ser oído

La Ley N° 19.968 consagra especialmente el derecho de los NNA a ser oídos, elevándolo a la categoría de un principio rector de los procedimientos de familia que el juez debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento⁹⁹.

Además de la consagración general a nivel de principio, el legislador se encargó de consagrar especialmente el derecho a ser oído en ciertos procedimientos especiales donde algunas de las decisiones adoptadas por el juez pueden, siempre en favor del interés superior de los NNA, significar la separación temporal o definitiva de estos con su familia de origen. Es el caso del procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos de los NNA¹⁰⁰ y de los procedimientos relativos a la adopción¹⁰¹.

En particular, la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores, señala expresamente que cuando el niño susceptible de ser adoptado es un menor adulto, el juez tiene la obligación de consultar su opinión respecto a la adopción, requiriendo su consentimiento para continuar con el procedimiento. En caso de que la opinión del niño sea negativa, la ley solo permite continuar con el procedimiento de adopción si existen motivos suficientes que indiquen que la adopción es la alternativa más beneficiosa para su interés superior. De este modo, el legislador le atribuye expresamente a la opinión del menor adulto

⁹⁹ Artículo 16 de la Ley N° 19.968.

¹⁰⁰ El artículo 69 de la Ley N° 19.968, titulado “Comparecencia del niño, niña o adolescente”, prescribe que “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez”, y agrega que deberá ser escuchado en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

¹⁰¹ El artículo 3 de la Ley N° 19.620 prescribe que “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”.

un peso especial, que no se aprecia en otras materias, reconociendo la autonomía progresiva y el impacto irreversible que tiene en la vida de una persona ser adoptado.

Por otra parte, la Excelentísima Corte Suprema ha validado la importancia del derecho a ser oído y con ello la participación de los NNA en los procedimientos judiciales en que se discuten cuestiones que los afectan, al declarar que dicho derecho es un trámite esencial del procedimiento, cuya omisión puede significar la anulación total del juicio.

En causa Rol Nº 124-2015, la Excelentísima Corte Suprema invalidó un fallo impugnado y ordenó retrotraer la causa al estado previo a celebrar la audiencia preparatoria, por no haberse escuchado a un niño de 11 años en un juicio sobre reclamación e impugnación de paternidad, declarando expresamente que el derecho del niño a ser oído constituye un trámite esencial del procedimiento¹⁰². Si bien existen fallos anteriores que se pronuncian en este sentido, el fallo citado dio origen a una tendencia jurisprudencial que ha sido seguida por los tribunales inferiores¹⁰³.

¹⁰² “Considerando 5º: debe considerarse que, conforme a la edad del niño, alrededor de 11 años, éste ya goza de un germen de autonomía, que conforme se va desarrollando, va progresivamente consolidándose, la cual debe ser apreciada por los sentenciadores, reafirmando que el deber de otorgar a éste la posibilidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento [...]”.

¹⁰³ En este sentido se pronuncian los siguientes fallos: Corte Suprema, Rol Nº 12057-2013, de 26 de febrero de 2014; Corte Suprema, Rol Nº 38322-2016, de 26 de agosto de 2016; Corte Suprema, Rol Nº 5252-2016, de 4 de octubre de 2016; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 773-2011, de 7 de diciembre de 2011; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 207-2016, de 17 de octubre del año 2016; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 2215-2016, de 22 de noviembre de 2016.

En otro orden de ideas, el fallo dictado por la Excelentísima Corte Suprema es relevante en tanto reconoce que el derecho a ser oído es una garantía del debido proceso y se extiende, además, al derecho a la defensa¹⁰⁴.

Recientemente, el Comité ha señalado que Chile ha violado el artículo 12 de la CDN, entre otros motivos, por no garantizar el acceso de los NNA a hablar con el juez y un abogado y no informarlos adecuadamente ni procurar que comprendan la información para que su opinión pueda ser respetada en el proceso¹⁰⁵.

Además, otras investigaciones efectuadas en nuestro país han concluido que en la práctica existe una incorrecta aplicación e inadecuada comprensión del derecho a ser oído, lo que repercute en una baja participación de los NNA en los procedimientos en que se discuten cuestiones que los afectan¹⁰⁶.

2.2. Hipótesis específicas de participación en procedimientos judiciales especiales seguidos ante los tribunales de familia

Además del derecho a ser oído, la Ley N° 19.968 contempla algunas hipótesis específicas de participación personal y directa en los procedimientos especiales de aplicación de medidas de protección y contravencionales.

¹⁰⁴ Considerandos 4° y 5°.

¹⁰⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2018. Op. cit. 11p.

¹⁰⁶ VARGAS PAVEZ, MACARENA Y CORREA CAMUS, PAULA. 2011. Op. cit., y UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES Y UNICEF. 2010. "Informe final estudio 'niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia'". [en línea]: < <https://docplayer.es/21753997-Informe-final-estudio-ninos-ninas-y-adolescentes-en-los-tribunales-de-familia.html> > [consulta: 19 junio 2019].

El artículo 70 de la Ley N° 19.968 reconoce expresamente la calidad de parte de los NNA en el procedimiento de aplicación de medidas de protección, al conferirles la titularidad expresa para poder iniciar el procedimiento vía requerimiento.

De todas formas, en los casos en que el procedimiento de aplicación de medidas de protección no es iniciado por el niño en cuestión, la ley dispone que deberá ser citado a la audiencia preparatoria junto a los demás actores relevantes y que se le deberá informar del motivo de su comparecencia, derechos y deberes, a través de un lenguaje que le resulte comprensible¹⁰⁷. Así también, sean o no requirentes, la ley faculta a los NNA a solicitar al tribunal la suspensión, modificación o cese de la medida que se haya adoptado a su respecto¹⁰⁸.

Por otra parte, en los procedimientos contravencionales seguidos ante los tribunales de familia, los adolescentes –desde los 14 a los 17 años, inclusive– están facultados para comparecer personalmente, sin la representación ni autorización del adulto responsable.

En el primer caso, no cabe duda de que el legislador le otorga una participación mayor a los NNA en los procedimientos de aplicación de medidas de protección de derechos que en otros tipos de procedimientos. Esta situación se debe a la entidad de algunas medidas, las cuales pueden llegar a privar de libertad a los NNA y alejarlos temporalmente de su familia de origen.

¹⁰⁷ Artículo 72 de la Ley N° 19.968.

¹⁰⁸ Artículo 80 de la Ley N° 19.968.

Por otro lado, en los procedimientos contravencionales, la mayor autonomía que se les concede a los adolescentes no se vislumbra como un hecho positivo que beneficia su interés superior, pues los deja en una posición de indefensión en un procedimiento que bien podría culminar con la reclusión del adolescente si este no cumple la sanción adoptada.

3. Participación a través de representación letrada: la figura del curador “ad litem” en la Ley N° 19.968

Antes de referirnos a la figura del curador *ad litem* regulada especialmente en la Ley N° 19.968, haremos una breve reseña sobre las curadurías y su regulación en el Código Civil, con el fin de contextualizar al lector y dar cuenta sobre los orígenes y cimientos de la figura.

3.1. Breves apuntes sobre las curadurías en el Código Civil

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 338 del Código Civil, las curadurías son cargos impuestos a ciertas personas en favor de aquellos que no tienen la capacidad de dirigirse por sí mismos o no pueden administrar competentemente sus negocios. La persona que asume la curaduría se llama curador, cuyo origen proviene del latín “curator” que significa “vigilante”, y quienes se encuentran sujetos a guarda se denominan “pupilos”.

El Código Civil contempla diferentes tipos de curadurías, clasificadas según la materia que abordan y el origen.

Según la materia, el Código Civil contempla cuatro clases distintas de curadurías, a saber: las curadurías generales, las curadurías de bienes, las curadurías adjuntas y las curadurías especiales. En cada una de dichas

curadurías el alcance de la obligación de protección del curador es distinta, siendo la más amplia la curaduría general, que se extiende tanto a la persona como a los bienes del pupilo¹⁰⁹. La curaduría de bienes, como su nombre lo sugiere, se da solamente para la protección de los bienes de determinada persona¹¹⁰, y las curadurías adjuntas y especiales son aún más específicas. La curaduría adjunta se da en ciertos casos a personas que se encuentran bajo patria potestad o curaduría general, para la administración separada de ciertos bienes¹¹¹, y la curaduría especial se designa para un negocio en particular¹¹².

Según el origen de la curaduría, el Código Civil las clasifica en curadurías legítimas, si son conferidas por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo; testamentarias, si son conferidas por acto testamentario, y dativas, si las confiere el juez¹¹³.

En este contexto, la curaduría *ad litem* es un tipo de curaduría especial por cuanto el curador se nombra únicamente para un negocio particular, esto es, la representación en juicio del pupilo y, siempre dativa, pues los curadores son designados por el juez que conoce del pleito¹¹⁴.

En términos generales, el rol del curador es velar y representar los intereses de su pupilo, a quien la ley considera incapaz de hacerlo por sí mismo. En este sentido se pronuncia RAMOS PAZOS, quien señala que la institución de la

¹⁰⁹ Artículo 340 del Código Civil.

¹¹⁰ Artículo 343 del Código Civil.

¹¹¹ Artículo 344 del Código Civil.

¹¹² Artículo 345 del Código Civil.

¹¹³ Artículo 353 del Código Civil.

¹¹⁴ Artículo 494 del Código Civil.

curaduría ha sido creada y organizada para proteger los intereses tanto morales como pecuniarios de las personas incapaces¹¹⁵. Por ello, además de los NNA, se encuentran sujetos a curaduría general, el disipador, el demente y el sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente, siempre que se encuentren en interdicción de administrar sus bienes.

Finalmente cabe señalar que, de acuerdo a las reglas contempladas en el Código Civil, en el caso de la curaduría de los NNA, la regla general es que procede cuando estos no se encuentran sujetos a patria potestad, pues, en caso contrario, son los padres quienes asumen la representación y protección de su hijo¹¹⁶.

3.2. Regulación del curador “ad litem” en la Ley Nº 19.968

El artículo 19 de la Ley Nº 19.968 incorpora la figura jurídica denominada curador *ad litem* del NNA como un mecanismo de representación de los intereses de los NNA en los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que estos se encuentran involucrados¹¹⁷.

¹¹⁵ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2005. Derecho de Familia. Tomo II. Quinta edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 551p.

¹¹⁶ Esta regla opera para el caso de las curadurías generales, pues el NNA puede estar perfectamente sujeto a curaduría adjunta y a la patria potestad de sus padres al mismo tiempo.

¹¹⁷ Artículo 19. “Representación. 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

3.2.1. Hipótesis de procedencia

La designación del curador *ad litem* no procede en todos los procedimientos de familia en que se encuentran involucrados los intereses de los NNA, sino solo en las hipótesis establecidas en la ley.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley N° 19.968, existen tres hipótesis en las que el juez debe designar a NNA un curador *ad litem*. La primera hipótesis, coincidente con la regla general estipulada por el Código Civil, se presenta cuando los NNA carecen de representante legal. En tanto, la segunda y tercera hipótesis se presentan cuando, existiendo representante legal, el juez estima que los intereses de los NNA son independientes o contradictorios con los de aquel.

La Ley N° 19.968 no define qué debemos entender por intereses contradictorios e independientes, lo que si bien parece ser innecesario en el primer caso, no lo es en el segundo, pues es difícil imaginar una situación en que los intereses de los NNA no sean independientes a los de sus padres o representante legal.

Efectivamente, si partimos de la base de que los NNA son personas autónomas y diferentes a su representante, sus intereses siempre deberán ser considerados independientes. Así lo advierte COUSO, para quien “si se parte del derecho del niño a participar en la decisión del caso, a partir de su propia visión

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”.

sobre lo más conveniente para su vida, entonces por definición sus intereses son por lo menos independientes de los de sus padres”¹¹⁸.

En los últimos años, la Excelentísima Corte Suprema y los tribunales de alzada han fallado que la designación del curador *ad litem* constituye un trámite esencial del procedimiento en materias que son de vital importancia para los intereses de los NNA como la filiación y el cuidado personal.

Por ejemplo, en causa Rol N° 124-2015¹¹⁹ la Excelentísima Corte Suprema invalidó de oficio una sentencia que determinó la filiación no matrimonial de un niño con respecto a su padre sin ser escuchado y sin haberse designado un curador *ad litem* para la defensa de sus intereses.

De igual forma se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 3113-2016, en un caso sobre cuidado personal al señalar que “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 [...]”.

¹¹⁸ COUSO SALAS, JAIME. 2006. Op. cit. 159p.

¹¹⁹ En este mismo sentido, véase la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 3822-2016, de 26 de agosto de 2016, y la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 2017 2016, de 17 de octubre de 2016.

3.2.2. Designación: quién, cuándo y a quién

En cuanto al quién, como señalamos anteriormente, la curaduría *ad litem* es un tipo de curaduría dativa, de modo que el curador debe ser designado siempre por el juez de la causa, cuando se cumplan las hipótesis contempladas en la ley.

Cualquiera sea la edad del representado, los NNA no tienen injerencia alguna en la designación de su curador, siendo una decisión exclusiva del tribunal. Esta decisión se aparta de las reglas que regulan la curaduría del menor adulto, conforme a las cuales la designación del curador corresponde siempre al menor y solo en subsidio al juez¹²⁰.

Respecto al cuándo, la ley no define en qué momento del procedimiento el curador *ad litem* debe ser designado. Esta omisión es del todo problemática, pues cualquier designación coetánea o posterior a la audiencia preparatoria puede causar la indefensión de los NNA.

Por último, la ley establece expresamente a quién el juez debe designar como curador. De acuerdo a esta, el curador debe ser abogado y pertenecer a la Corporación de Asistencia Judicial respectiva o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, como el Servicio Nacional de Menores y sus organismos colaboradores, entre otros.

Sin embargo, cabe señalar que, en los hechos, también son designados como curadores *ad litem* abogados (y estudiantes) que imparten cátedra en clínicas

¹²⁰ Artículo 437 del Código Civil.

jurídicas de distintas universidades del país, pese a que estas instituciones no cumplen con el requisito exigido por la ley¹²¹.

3.2.3. Función e interés representado

De acuerdo a lo señalado en la Ley N° 19.968, la función del curador *ad litem* es representar los intereses de los NNA, para lo cual su representación se extiende a todas las actuaciones judiciales del proceso en el que fue designado, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima, si fuera el caso.

De qué manera el curador *ad litem* debe llevar a cabo la representación, qué actuaciones u obligaciones tiene en el ejercicio de su función y qué interés debe proteger son cuestiones que han generado controversia en la práctica y se han resuelto de manera muy diversa, dependiendo del curador o bien de lo que exija el tribunal de familia respectivo caso a caso.

En los hechos, el rol de los curadores *ad litem* se manifiesta en “prácticas diversas y poco estandarizadas”¹²², siendo posible identificar al menos tres formas distintas en que los curadores *ad litem* ejercen la representación de los intereses de los NNA.

En la gran mayoría de los casos el curador *ad litem* representa el interés superior de los NNA, vale decir, lo que de acuerdo a su opinión profesional es más beneficioso para su representado. En efecto, de acuerdo a las reglas

¹²¹ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. 2016. NOTA TÉCNICA N° 2-2016. El Derecho a la Representación Jurídica de Niños, Niñas y Adolescentes. Unidad del Comisionado para la Infancia y la Adolescencia. 6p.

¹²² SERVICIO NACIONAL DE MENORES. 2016. Op. cit. 4p.

generales contenidas en el Código Civil, esa es justamente la función que debe cumplir un curador *ad litem*, sin que exista una regla especial en la Ley N° 19.968 que altere lo señalado.

Por otro lado, en un menor número de casos, los curadores asumen un rol de tercero imparcial, ya sea actuando como lo haría un perito o un testigo experto. Dicha situación es advertida por la jueza de familia NEEL GREEVEN, quien señala que la falta de reglamentación ha llevado a que el curador actúe como un testigo experto que realiza informes a semejanza de la función que cumple el consejero técnico¹²³. Por otro lado, una investigación llevada a cabo por el SENAME constató que, en algunos casos, son los propios tribunales de familia los que solicitan que el curador *ad litem* asuma una postura imparcial frente al procedimiento proteccional¹²⁴.

Por último, en menor medida y de forma excepcional, algunos curadores representan el interés manifiesto de los NNA, actuando como verdaderos portavoces y defensores de lo que sus representados desean.

3.2.4. Críticas

La figura del curador *ad litem*, contemplada en la Ley N° 19.968 para la defensa y representación de los intereses de los NNA en juicio, es defectuosa en muchos sentidos.

En primer lugar, desde un punto de vista técnico legislativo, la regulación del curador *ad litem* es precaria, pues no especifica la función que debe cumplir el

¹²³ GREEVEN BOBADILLA, NEL. 2017. Op. cit. 164p.

¹²⁴ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. 2016. Op. cit. 20p.

curador ni las obligaciones que le incumben en el ejercicio de su función¹²⁵. Dicha situación ha generado, según describimos anteriormente, una falta de uniformidad en la actuación de los curadores y, en consecuencia, una diferencia injustificada en el trato y en la relación de este con los NNA que representa.

Además, la ley tampoco señala en qué momento del procedimiento el *curador ad litem* debe ser designado, lo que puede significar la indefensión de los NNA si, por ejemplo, la designación ocurre una vez ofrecida la prueba.

Asimismo, la ley no requiere que el *curador ad litem* cuente conocimientos especializados ni habilidades específicas para el ejercicio de su cargo, los cuales son requisitos mínimos para asegurar una defensa adecuada y de calidad. En efecto, según advierte GÓMEZ DE LA TORRE, ser parte de la Corporación de Asistencia Judicial u otra institución pública o privada dedicada a la defensa, promoción o protección de los derechos de los NNA “no hace per se al abogado tener empatía y habilidades blandas para: relacionarse con los niños-los cuáles muchas veces están en extrema vulnerabilidad- lograr que el menor se sincere con él y pueda conocer cuáles son sus deseos, miedos y sentimientos”¹²⁶.

En segundo lugar, en tanto modelo de representación, la figura del curador *ad litem* no refleja los principios que consagra la CDN y que reconoce la Ley N° 19.968. La muestra más clara de esto es que la institución de las curadurías, dentro de las cuales se encuentra la curaduría *ad litem*, tiene su fundamento en

¹²⁵ De esta opinión es GÓMEZ DE LA TORRE. al respecto, la autora señala que “[u]na de las críticas y que comparto es aquella que se hace al nombramiento del curador ad litem por parte del juez; la ley no señala cuales deben ser los criterios que deben utilizar los jueces para elegir al curador y cuál es su rol su interés superior o como un profesional que representa los intereses manifiestos del niño, niña o adolescente y se ciñe a sus instrucciones.” GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ (2018). Op. cit. 124-125pp.

¹²⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ (2018). Op.cit. 132p.

la protección de los incapaces, lo que se contradice abiertamente con la noción de que los NNA son sujetos con autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos.

Igualmente, la hipótesis de procedencia de la curaduría referida a la independencia de intereses entre el representante legal y los NNA nos reafirma que la ley aún concibe a estos como sujetos incapaces, cuyos intereses, por regla general, son definidos por sus padres. Por el solo hecho de ser sujetos de derecho diferentes, los intereses de los NNA siempre son autónomos.

En tercer lugar, la figura del curador *ad litem* no asegura la participación de los NNA en la decisión del caso, pues si asumimos que la función del curador es la de representar el interés superior de los NNA, se introduce un filtro que distorsiona la representación del interés manifiesto del niño. En consecuencia, el curador defiende lo que de acuerdo a su opinión profesional es más conveniente y beneficioso para su representado y no lo que los NNA realmente desean¹²⁷.

Adicionalmente, la sobrecarga laboral que afecta a los curadores *ad litem*, principalmente a aquellos pertenecientes a la Corporación de Asistencia Judicial, ha repercutido negativamente en la defensa que estos ejercen. Ciertamente, muchos curadores se presentan al tribunal sin conocer al niño que representan y, por consiguiente, sin tener conciencia de sus circunstancias reales ni conocimiento acerca de sus deseos e intereses¹²⁸⁻¹²⁹.

¹²⁷ COUSO SALAS JAIME. 2006. Op. cit. 159p.

¹²⁸ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. 2016. Op. cit. 9-10pp.

¹²⁹ Dicha situación fue abordada por el nuevo Programa de Representación Jurídica de NNA denominado "Mi Abogado", según veremos más adelante, el cual, entre otras medidas, limitó el número de causas por abogado para asegurar una representación de mayor calidad.

En resumidas cuentas, el curador *ad litem* es un representante tutelar del niño¹³⁰, cuya función es velar por su interés superior, de manera que no podemos afirmar que su intervención garantiza el derecho a la defensa técnica de los NNA en los procedimientos de familia que los afectan.

3.3. Situación actual en materia de representación judicial de los NNA: Programa “Mi Abogado”

Lo que comenzó como un programa piloto impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el tercer trimestre del año 2017 culminó con la implementación progresiva, a partir del año 2018, de un Programa de Representación Jurídica de NNA denominado “Mi Abogado”. La implementación se inició en las regiones de Tarapacá, Valparaíso, Bío Bío y Metropolitana y se pretende lograr cobertura nacional para el año 2021¹³¹.

El Programa “Mi Abogado” se enfoca en un segmento específico de la población infantil. A saber, los beneficiarios de este programa corresponden a todos los NNA sujetos de una medida de protección o medida cautelar que importe la aplicación de alguna modalidad de cuidado alternativo.

De acuerdo a la Resolución Exenta N° 1.802 dictada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el objetivo general del programa “Mi Abogado” es “contribuir a la restitución de derechos de NNA en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, garantizando el acceso a la justicia y a la igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de derechos, a través del

¹³⁰ PÉREZ MANRIQUE, RICARDO. 2007. Op. cit.

¹³¹ Resolución Exenta N° 1.802, dictada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 16 de octubre de 2018, que dispone el funcionamiento del programa de representación jurídica de niños, niñas y adolescentes y de la unidad técnica a cargo de dicho programa. Resolutivo N° 5.

asesoramiento y defensa judicial especializada de NNA en situación de vulneración”¹³².

En este mismo orden de ideas, en los lineamientos del programa se señala que este busca materializar la visión de los NNA como titulares de derechos, estableciendo la protección preferente de su desarrollo integral, en concordancia con su autonomía progresiva¹³³.

El programa plantea un modelo de representación multidisciplinario y mixto, conformado por un abogado, un psicólogo y un asistente social, quienes en conjunto tienen la responsabilidad de elaborar la estrategia jurídica y dar seguimiento a la defensa de NNA. En particular, el abogado tiene la obligación de defender los derechos de los NNA en juicio, mientras que el asistente social y el psicólogo deben apoyar la labor del abogado proporcionándole información técnica¹³⁴.

Si bien destacamos positivamente la implementación del programa como un esfuerzo por mejorar las condiciones de los NNA sujetos de alguna modalidad de cuidado alternativo, creemos que los lineamientos del programa son más bien retóricos y en el fondo aún se sustentan sobre la base de la lógica tutelar.

En efecto, el modelo de representación limita el derecho a la defensa de NNA a un segmento determinado de la población infantil sin dar ninguna explicación al respecto.

¹³² Resolución Exenta N° 1.802, [...] Resolutivo N° 3, letra a).

¹³³ Resolución Exenta N° 1.802, [...] Resolutivo N° 4.2, v).

¹³⁴ Resolución Exenta N° 1.802, [...] Resolutivo N° 4.2, iv).

Además, más allá de una escueta referencia a la participación y al derecho a ser oído como principios de la intervención, no se advierte la intención real de hacer partícipe a los NNA del procedimiento que los afecta. Tampoco se advierte en qué medida el modelo propuesto asume y considera la autonomía progresiva de los NNA.

Si bien es cierto que la Resolución Exenta N° 1.802 señala que el programa busca transitar técnicamente hacia la figura del abogado del niño¹³⁵, los lineamientos no parecen apuntar en ese sentido. Además, la implementación del programa de representación no ha significado ninguna modificación legal, de manera que la figura a través de la cual se continúa prestando la representación jurídica de los NNA es la del curador *ad litem*, con todas las deficiencias que ya mencionamos.

¹³⁵ Resolución Exenta N° 1.802, [...] Resolutivo N°8.

CAPÍTULO III. EL ABOGADO DEL NIÑO COMO MECANISMO DE REPRESENTACIÓN JUDICIAL PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA

Frente a la situación actual en materia de participación y representación judicial independiente de los NNA en los procedimientos de familia en Chile, analizada en el capítulo anterior, nos proponemos evaluar en este capítulo la figura del abogado del niño como una alternativa de representación más armónica y congruente con los principios y normas de la CDN, especialmente con su condición de sujetos con autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos.

1. Reseña sobre modelos de representación judicial de NNA en los procedimientos de familia en derecho comparado

El derecho comparado nos muestra diversos modelos de representación y defensa de los intereses de NNA en juicio¹³⁶, los que podemos clasificar en dos grandes grupos, a saber: los modelos de representación única y los de representación mixta.

Los modelos de representación única son aquellos en que se entrega la representación de los NNA a una sola persona. Dependiendo del modelo, el representante puede tener la función de defender y velar por el interés superior de los NNA, en cuyo caso recibe generalmente el nombre de curador o guardián *ad litem*, o defender los deseos e intereses manifiestos de los NNA, en cuyo caso recibe generalmente el nombre de abogado del niño.

¹³⁶ Para profundizar sobre algunos modelos de representación judicial de NNA presentes en derecho comparado, véase CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. 2015. Op. cit. 52p. y ss.

El modelo de representación adoptado por Chile, para los procedimientos de familia, es un típico caso de modelo de representación única, siendo un curador *ad litem*, designado por el juez, quien asume la representación de los NNA.

Solo para efectos de evitar confusiones, consideramos conveniente señalar que la Defensoría de la Niñez, recientemente incorporada a nuestro ordenamiento¹³⁷, no tiene por objeto la defensa de intereses particulares de NNA en juicio, sino la protección de intereses colectivos. En efecto, el objeto de la Defensoría de la Niñez es la difusión, promoción y protección de los derechos de NNA en general y no la representación en juicio de NNA.

Por otro lado, los modelos de representación mixta son aquellos en los cuales la representación y defensa de los NNA es entregada a dos o más personas, cuyas funciones son distintas e idealmente se complementan entre sí.

El modelo de representación judicial de NNA adoptado en Inglaterra y Gales¹³⁸, conocido como *tandem model*, es el clásico ejemplo de un modelo de representación mixta¹³⁹.

De acuerdo al *tandem model*, la representación de los NNA se encuentra entregada a un guardián *ad litem*, quien generalmente es un trabajador social, y

¹³⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2018. Ley N° 21.067: Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, 29 de enero de 2018.

¹³⁸ También impera en algunos Estados de Australia, en donde el representante del niño, que generalmente es un abogado tradicional, debe ser asesorado por un trabajador social para identificar el interés superior del niño. Véanse VARGAS PAVEZ, MACARENA y CORREA CAMUS, PAULA. 2011. Op. cit. 185p., y MILLÁN, PATRICIO Y VILLAVICENCIO, LUIS. 2002. Op. cit. 81p.

¹³⁹ El *tandem model* opera únicamente en los procedimientos de derecho público de familia, conforme a los cuales la autoridad local debe intervenir para proteger a los niños de sufrir algún daño o vulneración; siendo el símil en nuestro ordenamiento jurídico el procedimiento de aplicación de medidas de protección.

a un *solicitor*, esto es, a un abogado. Mientras, la función del guardián *ad litem* es proponer las medidas necesarias para resguardar el bienestar de los NNA¹⁴⁰, el *solicitor* debe abogar por que dichas medidas sean adoptadas por el tribunal y velar por el debido y ágil desarrollo del proceso.

Por regla general, el *solicitor* recibe las instrucciones para actuar en juicio directamente del guardián *ad litem*, en el entendido de que es este quien tiene contacto directo con el niño representado y posee los conocimientos para determinar qué es lo mejor para ese niño. Sin embargo, si los NNA tienen la madurez suficiente para manifestar sus deseos e impartir instrucciones, la ley los faculta para contactarse directamente con el *solicitor*¹⁴¹. En todo caso, al momento de evaluar las medidas necesarias para resguardar el bienestar de los NNA, el guardián *ad litem* siempre debe considerar las necesidades y puntos de vista de estos.

A mayor abundamiento, el derecho comparado nos muestra que la representación de los NNA no es de exclusiva competencia de los abogados, ya que, en algunos países, puede ser asumida por trabajadores sociales, psicólogos o incluso voluntarios capacitados en ciertas materias relacionadas con la infancia y adolescencia, como ocurre en Estados Unidos¹⁴².

¹⁴⁰ Véase *Children Act* de 1989, Parte IV. Numeral 41.

¹⁴¹ VARGAS PAVEZ, MACARENA Y CORREA CAMUS, PAULA. 2011. Op. cit. 185-186pp.

¹⁴² Así sucede en algunos Estados de Estados Unidos como Idaho, Illinois, Indiana y Carolina del Sur. Véase CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY. 2018. Representation of Children in Child Abuse and Neglect Proceedings. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau. 2p. [en línea]: <<https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/represent/>> [consulta: 19 junio 2019].

2. Análisis de la figura del abogado del niño en el derecho comparado: los modelos de representación de Argentina y Estados Unidos

En esta sección analizaremos la figura del abogado del niño en el marco de dos modelos de representación de NNA diferentes, a saber: el de Argentina, que presenta un modelo de representación única, y el de Estados Unidos, en cuyos Estados es posible distinguir modelos de representación única y mixto.

La elección de la legislación comparada objeto del análisis que sigue no ha sido al azar.

El modelo de representación de Argentina resulta interesante de analizar, pues dicho país comparte una tradición y cultura jurídica similar a la de Chile, y transcurridos diez años desde la consagración de la figura del abogado del niño, la doctrina ya ha efectuado un análisis consciente de los pros y los contras de la figura y su implementación.

En tanto, si bien Estados Unidos tiene una tradición jurídica muy distinta a la nuestra, la representación de NNA en juicio es un tema que ha generado debate desde hace ya varias décadas y del cual, entre otros aspectos, son de particular relevancia para nuestro propósito los estándares y modelos de actuación que han creado algunas asociaciones gremiales y particulares para el abogado del niño y otros representantes.

A mayor abundamiento, Estados Unidos fue pionero en el reconocimiento de derechos procesales de NNA, incluso antes que la CDN. Ciertamente, en un fallo histórico, conocido como el caso *Gault*¹⁴³, la Corte Suprema de dicho país

¹⁴³ Caso In re Gault (1967). Disponible [en línea]: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/> [consulta: 19 junio 2019].

estableció que los NNA tienen derecho a ciertas garantías claves del debido proceso y, en particular, a la defensa técnica. Al respecto la Corte Suprema sostuvo que en los procedimientos en que se encuentra en riesgo la libertad de los NNA, “el niño y sus padres deben ser notificados del derecho del niño a estar representados por un abogado contratado por ellos o, si no pueden pagar un abogado, el abogado será designado para representar al niño”¹⁴⁴.

Si bien dicho reconocimiento se limitó a una clase procedimientos, el caso *Gault* es reconocido como un fallo que ha sentado precedente y servido de base para el reconocimiento y construcción de los derechos procesales de NNA en los demás procedimientos, y más ampliamente aún, para la protección de los derechos de los NNA.

2.1. Argentina

2.1.1. Consagración legal

2.1.1.1. A nivel federal

En Argentina, hace más de una década, el 21 de octubre del año 2005, se promulgó la Ley N° 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, garantizando por primera vez en su historia el derecho de los NNA a ser asistidos por un abogado.

El derecho a la defensa técnica de los NNA se encuentra garantizado en el artículo 27 de la Ley N° 26.061¹⁴⁵, al contemplar el derecho a ser asistidos por

¹⁴⁴ Caso *In re Gault* 387 U.S. 41 (1967). Disponible [en línea]: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/> [consulta: 19 junio 2019].

¹⁴⁵ Artículo 27.- “Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de

un letrado especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya.

El artículo 27 de la Ley N° 26.061 consagra el derecho a la defensa técnica como una garantía mínima del procedimiento, por lo cual obliga al Estado a proveer a los NNA un abogado cuando no cuenten con los medios económicos para proveerse uno por sí mismos. Asimismo, la Ley N° 26.061 distingue claramente entre el derecho a ser oído y el derecho a ser asistido por un abogado especializado, al contemplarlas como dos garantías diferentes e independientes del procedimiento.

Si bien la ley no se refiere al rol que debe asumir el abogado del niño, sí lo hace el Reglamento. En efecto, el Decreto N° 415/2006 que aprueba el Reglamento de la Ley N° 26.061, señala que el abogado debe representar los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial en que sea designado¹⁴⁶. El Reglamento también convoca a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adoptar las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho a la defensa técnica, para lo cual se les permite

todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- 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”.

¹⁴⁶ Artículo 27 inciso 1° del Decreto N° 415/2006 [en línea]: <https://www.oas.org/dil/esp/decreto_415-06_argentina.pdf> [consulta: 06 mayo 2019].

recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a efectuar convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades¹⁴⁷.

En otro orden de ideas, cabe señalar que la figura del abogado del niño coexiste con el asesor de incapaces y el tutor especial, consagrados en los artículos 103 y 109 del Código Civil y Comercial de Argentina, respectivamente. Tanto el asesor como el tutor tienen funciones propias de la doctrina tutelar y no representan el interés manifiesto de los NNA.

Efectivamente, el asesor de incapaces actúa según su criterio, en nombre del Ministerio que integra y no en nombre de los NNA, por lo que puede apartarse de lo deseado y querido por ellos¹⁴⁸, y, por su parte, el tutor especial defiende el interés de los NNA de acuerdo con su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es la opinión de los representados¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Artículo 27 inciso 2° del Decreto N° 415/2006 [en línea]: <https://www.oas.org/dil/esp/decreto_415-06_argentina.pdf> [consulta: 06 mayo 2019].

¹⁴⁸ SOLARI, NÉSTOR. 2015. Derecho de las Familias, La Ley, 739p., citado por BIGLIARDI, KARINA. 2015. El abogado del niño, La Ley de Buenos Aires, Thomson Reuters [en línea]: <<http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/doctrina-el-abogado-del-nino-autor-karina-a-bigliardi/>> [consulta: 19 junio 2019].

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ, LAURA. 2012. El derecho de defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes en el proyecto”, DFyP. 242p., citado por CARRARA, NADIA Y GRANDES SOFÍA. 2018. Capacidad progresiva vs. derechos adquiridos: El retroceso en el ejercicio de la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes como garantía del debido proceso. Revista de Derecho UNS, Año VII, Número especial, Bahía Blanca, Argentina. 67p.

2.1.1.2. La regulación del abogado del niño en la Provincia de Buenos Aires¹⁵⁰

Dando cumplimiento a lo prescrito por la Ley N° 26.061, la Provincia de Buenos Aires incorporó la figura del abogado del niño a través de la promulgación de la Ley N° 14.568.

La ley dictada por la Provincia de Buenos Aires tiene algunas particularidades que nos parece importante destacar.

En primer lugar, señala expresamente que los NNA tienen carácter de parte en aquellos procedimientos en que se afectan sus intereses, cuestión que subyace en la ley federal¹⁵¹. Esto es muy importante, pues deja en claro la calidad en que intervienen en el proceso, habilitándolos para ejercer todos los actos de parte, tales como la presentación de solicitudes, rendir prueba y controlar la prueba de la contraria, así como recurrir aquellas resoluciones contrarias a sus intereses, etc.

En segundo lugar, crea el Registro Provincial de Abogados del Niño con el objeto de llevar una lista de los profesionales autorizados para actuar en el territorio de la provincia de Buenos Aires con especialización en el área del derecho de la infancia y adolescencia –lo cual deben acreditar– e interés en

¹⁵⁰ Respecto a la situación del abogado del niño en las demás provincias de Argentina, véase DOMÍNGUEZ, CECILIA INÉS. 2019. La importancia de la creación y el estado de situación actual del “registro de abogados y abogadas comprendidas en la normativa de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas 9, (1) :19-30pp. [en línea]: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/3658/3768> [consulta: 19 junio 2019].

¹⁵¹ Artículo 1° de la Ley N° 14.568 [en línea]: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14568.html> [consulta: 06 mayo 2019].

ejercer como abogados del niño¹⁵². Dicho registro no solo facilita el cumplimiento del derecho a la defensa técnica de los NNA, sino que asegura una defensa especializada.

En julio del año 2016, el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, encargado de llevar adelante el registro de abogados mencionado, dictó el “Reglamento Único de Funcionamiento del Registro de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires”¹⁵³. Entre otras cosas, el reglamento referido señala el carácter autónomo del abogado en relación con otros sujetos involucrados en el proceso, como es el asesor de incapaces y reitera la función de que el abogado debe defender los intereses y deseos del niño, viabilizando su voluntad a través de su conocimiento técnico¹⁵⁴ y que los NNA deben ser considerados parte en los procedimientos que los afecten¹⁵⁵.

2.1.2. Discusiones en torno a la figura del abogado del niño

La consagración de la figura del abogado del niño en el ordenamiento jurídico argentino, aunque expresa y directa, es más bien escueta, lo que ha generado una serie de discusiones a nivel doctrinario y jurisprudencial que revisaremos a continuación.

¹⁵² Artículo 2° de la Ley N° 14.568 [en línea]: <<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14568.html>> [consulta: 06 mayo 2019].

¹⁵³ Circular N° 6.273, dictada por el Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 8 de agosto de 2016 [en línea]: <<http://www.casi.com.ar/sites/default/files/Regto%20Abogado%20del%20Niño.pdf>> [consulta: 06 mayo 2019].

¹⁵⁴ Artículo 5 del Reglamento Único de Funcionamiento del Registro de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁵⁵ Artículo 8 del Reglamento Único de Funcionamiento del Registro de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

2.1.2.1. ¿Todos los NNA tienen derecho a la asistencia letrada?

- Solo los NNA que han cumplido 13 años: el criterio del discernimiento

De acuerdo con esta postura, los NNA solo tienen derecho a la asistencia letrada una vez que han adquirido discernimiento, lo que conforme a la ley ocurre a los 13 años¹⁵⁶.

Para quienes abogan por este criterio, el artículo 27 de la Ley N° 26.061, que consagra la figura del abogado del niño, debe necesariamente interpretarse en armonía con las normas del Código Civil y Comercial de Argentina. Al respecto, MORENO argumenta que, dado que el artículo 261 del Código citado prescribe que el acto lícito de una persona que no ha cumplido los 13 años se considera un acto involuntario por falta de discernimiento, es forzoso sostener que los NNA solo pueden ejecutar actos voluntarios, como es dar instrucciones a su abogado y actuar por sí mismos en el proceso una vez que han cumplido dicha edad¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Antes de la reforma del Código Civil de Argentina en el año 2014, los NNA adquirirían el discernimiento a los 14 años. Tras la reforma el discernimiento se adquiere a los 13 años de conformidad a lo prescrito por el artículo 261 del Código Civil y Comercial de Argentina.

¹⁵⁷ En este sentido se pronuncia MORENO, GUSTAVO. 2007. La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño. LexisNexis/AbeledoPerrot, RDF, Buenos Aires, N° 35, 62p., citado por FAMÁ, MARÍA VICTORIA. 2012. La intervención del abogado del niño en los procesos de familia: alcances y delimitaciones. Compendio Jurídico Errejus N° 61. 6p. [en línea]: <ftp://facebook.errepar.com/Facebook/CompJur_FAMA.pdf> [consulta: 06 mayo 2019].

- Solo los NNA que tienen madurez suficiente: el criterio de la capacidad progresiva

Según este criterio, la designación del abogado depende del grado de madurez alcanzado por los NNA, quienes deben estar en condiciones de definir y manifestar sus intereses.

FAMÁ argumenta que, dado que la función del abogado del niño es defender el interés manifiesto de los NNA, su designación está condicionada a que tengan la madurez suficiente para tomar decisiones autónomas, cuestión que deberá ser evaluada por el juez¹⁵⁸.

Este es el criterio adoptado por la Provincia de Buenos Aires en la Ley N° 14.528, al establecer en el artículo 6 que “[l]os niños, niñas y adolescentes *que tengan madurez y edad suficiente para participar en el proceso*, serán asistidos por un profesional letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia [...]”¹⁵⁹.

- Todos los NNA sin importar la edad

De acuerdo con este criterio, todos los NNA tienen derecho a ser asistidos por un abogado, por ser una garantía mínima del procedimiento, de acuerdo a lo señalado por la propia Ley N° 26.061, y porque la ley no hace distinción alguna al respecto¹⁶⁰⁻¹⁶¹⁻¹⁶².

¹⁵⁸ FAMÁ, MARÍA VICTORIA. 2012. Op. cit. 6p.

¹⁵⁹ Énfasis añadido.

¹⁶⁰ SOLARI, NÉSTOR ELISEO. 2007. El derecho del niño al patrocinio letrado. Doctrina Judicial, I, 602p., citado por BEDROSSIAN, GABRIEL. 2011. Abogado del niño: Reflexiones en torno al

Los autores que sostienen esta tesis, como SOLARI y JÁUREGUI, argumentan que el derecho a la defensa técnica no debe confundirse con la capacidad para elegir a un abogado por derecho propio. Para estos autores, el derecho a la defensa técnica es de todo NNA más allá de que la elección del abogado pueda realizarla un tercero cuando el NNA no tuviere la capacidad para ello¹⁶³.

2.1.2.2. Supuestos que permiten la intervención del abogado

También se ha generado discusión respecto a los supuestos que habilitan la designación del abogado del niño.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y Comercial de Argentina¹⁶⁴, la doctrina mayoritaria considera que la designación del abogado debe limitarse a situaciones de conflicto de intereses entre el niño y sus

cuándo, quién y cómo. Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III, 7p.

¹⁶¹ De esta opinión es también RODRÍGUEZ, LAURA. 2011. Infancia y Derechos: Del patronato al abogado del niño. Experiencia de la clínica jurídica de la Fundación Sur. Buenos Aires, Eudeba, Fundación Sur, 30p. y ss.

¹⁶² MIZRAHI, MAURICIO. 2006. La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061. En: GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO [comp.]. Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Fundación Sur, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 79p., citado por BEDROSSIAN, GABRIEL. 2011. Op. cit. 2p.

¹⁶³ SOLARI, NÉSTOR ELISEO. 2007. El derecho del niño al patrocinio letrado. Doctrina Judicial, I, 602, citado por BEDROSSIAN, GABRIEL. 2011. Op. cit. 7p., y JAUREGUI, RODOLFO GUILLERMO. 2012. La CSNJ y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del abogado del niño [en línea]: <<http://rodolfojauregui.blogspot.com/2013/07/la-csjn-y-un-fallo-que-deja-dudas.html>> [consulta: 06 mayo 2019].

¹⁶⁴ Artículo 26.- “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. // No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada [...]”.

representantes legales. De esta posición es FAMÁ, quien además sostiene que los asuntos discutidos deben involucrar de manera directa e inmediata a los NNA, razón por la cual considera que en principio no debería designarse un abogado del niño en los juicios de divorcio, ya que no se afecta directamente al niño, ni tampoco en aquellos juicios en que sus derechos se encuentran adecuadamente representados por sus padres u otro representante¹⁶⁵.

Otros autores amplían el ámbito de intervención del abogado del niño, pero siempre a hipótesis determinadas. Por ejemplo, para MORENO existen dos supuestos adicionales a la existencia de conflicto de intereses en los que considera necesario designar un abogado del niño, a saber: “la ausencia de representantes necesarios y el requerimiento expreso del niño frente a una causa determinada que merezca su consideración”¹⁶⁶.

Otro autor, BEDROSSIAN, considera recomendable designar un abogado del niño en aquellos casos en que es posible presumir que la historia presentada al juez por las partes es “incompleta, distorsionada o inadecuada”¹⁶⁷.

Por otro lado, existen autores que señalan que no corresponde limitar la designación del abogado del niño a la hipótesis de conflicto de intereses ni a ninguna otra, si la Ley N° 26.061 no restringe la intervención. Para PROFILI, la CDN y la Ley N° 26.061 deben prevalecer por sobre la restricción contenida en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de Argentina, por tener la CDN

¹⁶⁵ FAMÁ, MARÍA VICTORIA. 2012. Op. cit. 4p.

¹⁶⁶ MORENO, GUSTAVO. 2007. Op. cit., citado por FAMÁ, MARÍA VICTORIA. 2012. Op. cit. 7p.

¹⁶⁷ BEDROSSIAN, GABRIEL. 2011. Op. cit. 16p.

jerarquía constitucional y por ser la Ley N° 26.061 una norma especial que prevalece por sobre la general, de acuerdo a las reglas de interpretación¹⁶⁸.

JÁUREGUI, quien también es de esta opinión, sostiene que la Ley N° 26.061 obliga imperativamente al juez a designar un abogado en todo proceso que incluya y afecte a los NNA. Además, el autor señala que cualquier interpretación que permita al juez calificar abiertamente la procedencia de la designación riñe con la seguridad jurídica y puede atentar contra la igualdad jurídica entre NNA, dando lugar a discriminaciones arbitrarias¹⁶⁹.

2.1.2.3. Función del abogado del niño

Si bien hay consenso en la doctrina en que la función del abogado del niño es la de representar los intereses manifiestos de los NNA, no lo hay respecto a qué se debe hacer cuando los NNA no tienen aún la capacidad de definir ni manifestar sus deseos.

Algunos autores, como RODRÍGUEZ, quien sostiene que todos los NNA tienen derecho a la asistencia letrada, señalan que en los casos en que los NNA no sean capaces de definir ni manifestar sus deseos, el abogado del niño debe hacer prevalecer los derechos y garantías de su representado en el proceso¹⁷⁰.

¹⁶⁸ PROFILI FADEL, LAURA. 2018. Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes y su participación en los procesos. Revista de Derecho UNS, Año VII, Número especial, Bahía Blanca, Argentina, 29-36pp.

¹⁶⁹ JÁUREGUI, RODOLFO GUILLERMO. 2012. Op. cit.

¹⁷⁰ RODRÍGUEZ, LAURA. 2011. Op. cit. 37p.

Otros autores sostienen que no corresponde la designación de un abogado del niño, sino que más bien la de un tutor especial para que defienda el interés superior de los NNA¹⁷¹.

2.1.2.4. ¿Los NNA tienen derecho a elegir a su abogado?

En general la doctrina se ha mostrado favorable al hecho de que los NNA puedan elegir a su abogado mientras tengan la madurez suficiente para ello¹⁷². En este escenario, algunos más cautos, advierten que es importante tomar preocupaciones para asegurar que el representante sea autónomo y no se encuentre influenciado ni siga instrucciones de los padres o del representante legal de los NNA¹⁷³.

Por otra parte, hay autores totalmente contrarios a que los NNA elijan a su abogado, como MIZRAHI, quien señala que es el juez quien debe designarlo¹⁷⁴.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, el artículo 11 del Reglamento Único de Funcionamiento del Registro de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes dictado por el Colegio de Abogados de dicha Provincia prescribe que, de acuerdo con el principio de capacidad progresiva, los NNA se encuentran facultados para proponer, dentro de los abogados que integran el Registro, un profesional que los represente. En caso de que no sea posible, el reglamento dispone que la designación debe realizarse mediante sorteo.

¹⁷¹ FAMÁ, MARÍA VICTORIA. 2012. Op. cit. 8p.

¹⁷² FAMÁ, MARÍA VICTORIA. 2012. Op. cit. y BIGLIARDI, KARINA (2015). Op. cit. 5p.

¹⁷³ BEDROSSIAN, GABRIEL. 2011. Op. cit. 7p.

¹⁷⁴ MIZRAHI, MAURICIO. 2006. Citado por BEDROSSIAN. 2011. Op. cit. 8p.

2.1. Estados Unidos

2.2.1. Consagración legal

2.2.1.1. A nivel Federal

En Estados Unidos, los modelos de representación judicial de los NNA varían en los diferentes Estados, contando cada uno con una regulación autónoma en la materia. A la vez, una ley federal, denominada “*The Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act*”¹⁷⁵ (en adelante CAPTA), les impone el deber de respetar un contenido mínimo en materia de protección infantil, condicionando la entrega de fondos públicos federales a su cumplimiento. Dentro de otros aspectos, CAPTA exige a cada Estado contemplar la figura de un guardián *ad litem* para representar el interés superior (*best interest*) de los NNA en los procedimientos de abuso y negligencia.

A mayor abundamiento, CAPTA exige que el guardián *ad litem* esté capacitado para el cargo, debiendo tener formación en primera infancia y el desarrollo del niño y adolescente¹⁷⁶. Además, impone a los Estados incluir entre las tareas del guardián *ad litem* dos labores principales. En primer lugar, obtener de primera mano una comprensión clara de la situación y de las necesidades de los NNA representados, lo que implica mantener contacto directo con estos y su entorno familiar, y, en segundo lugar, efectuar recomendaciones al tribunal sobre la mejor manera de garantizar el interés superior de los NNA involucrados en un procedimiento de abuso y negligencia infantil.

¹⁷⁵ Sección 106 (b) (2) (B) (xiii) de CAPTA.

¹⁷⁶ Sección 106 (b) (2) (B) (xiii) de CAPTA.

Es importante destacar que la exigencia que impone CAPTA en cuanto a nombrar un guardián *ad litem* para representar a NNA opera únicamente respecto de procedimientos judiciales de abuso y negligencia. Además, su rol debe ser representar el interés superior de los NNA y no su interés manifiesto. No obstante, es necesario tener presente que las exigencias de CAPTA constituyen un contenido mínimo en materia de representación de NNA, por lo que nada obsta a que los Estados contemplen figuras adicionales de representación y las extiendan a materias distintas del abuso y negligencia infantil.

2.2.1.2. A nivel Estatal¹⁷⁷

A partir del piso mínimo que fija CAPTA en materia de representación de NNA en procedimientos judiciales de abuso o negligencia, los Estados han adoptado diversos modelos de representación para cumplir con dicho mandato y así poder optar a la subvención otorgada por el gobierno federal.

Diferentes Estados requieren el nombramiento de uno o más de los siguientes representantes en los procedimientos sobre abuso y negligencia infantil: un *guardian ad litem* (en adelante GAL), cuya responsabilidad principal es representar el interés superior del NNA¹⁷⁸; un *court-appointed special advocate*

¹⁷⁷ Esta sección ha sido redactada en base a la información proporcionada por CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY. 2018. Op. cit. The Child Welfare Information Gateway es un portal de información sobre bienestar infantil ordenado por el Congreso de Estados Unidos y financiado por la Oficina de Niños de Estados Unidos, Administración para Niños y Familias, Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos. Según consta en el informe citado, los datos presentados corresponden a los Estatutos de cada Estado y a las reglas de la Corte respectiva vigentes a diciembre del año 2017.

¹⁷⁸ Para efectos de resguardar la objetividad en la determinación del interés superior del NNA representado e impedir que dicha determinación sea fruto de la mera opinión del GAL, el Estado de Georgia contempla una lista de factores que el GAL debe considerar al determinar el interés superior del niño. Los factores son los siguientes: seguridad física y el bienestar del niño; salud mental y física de todas las personas involucradas; evidencia de violencia doméstica en el

(en adelante CASA), cuya responsabilidad principal es ayudar al tribunal en la investigación de las circunstancias reales de los NNA y brindarle recomendaciones para satisfacer sus necesidades¹⁷⁹, y un *attorney* (en adelante abogado del niño), cuya responsabilidad principal es representar los deseos y el interés manifiesto de los NNA.

El GAL es la figura jurídica de representación de mayor utilización en Estados Unidos, siendo aproximadamente 41 los Estados que prevén su nombramiento¹⁸⁰, seguido por el CASA y, por último, por el abogado del niño¹⁸¹. Esta situación da cuenta de que para la mayoría de los Estados el modelo de representación de los NNA está enfocado en una protección tutelar, a partir de lo que sus representantes consideran que es más beneficioso para su bienestar y desarrollo. Si bien en algunos Estados el GAL tiene el deber de informar al

hogar del niño, antecedentes y vínculos familiares, culturales y religiosos del niño; el sentido de apego del niño, incluido su sentido de seguridad y familiaridad; la alternativa de colocación menos disruptiva para el niño; los deseos del niño y los objetivos a largo plazo; los lazos de la comunidad del niño, incluida la iglesia, la escuela y los amigos; la necesidad del niño de permanencia, estabilidad y continuidad de las relaciones; los riesgos asociados a estar en cuidado sustitutivo; las preferencias de las personas disponibles para cuidar al niño, y cualquier otro factor considerado por el GAL como relevante para su determinación.

¹⁷⁹ El CASA generalmente no es abogado, sino un voluntario, mayor de edad, a quien se exige cumplir con ciertos requisitos determinados por cada Estado para proceder a su nombramiento, como, por ejemplo, capacitación sobre su papel como defensor y el desarrollo de la primera infancia, niñez y adolescencia, entre muchos otros.

¹⁸⁰ Dichos Estados corresponden a Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Hawái, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Michigan, Minnesota, Misisipi, Misuri, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo Hampshire, Nuevo México (para un niño menor de 14 años), Carolina del Norte, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia y Washington.

¹⁸¹ California, Connecticut, Delaware, Georgia, Kentucky, Luisiana, Maryland, Massachusetts, Nevada, Nuevo México, Nueva York, Oklahoma, Dakota del Sur, Vermont, Virginia Occidental y Wyoming.

tribunal los deseos de los NNA que representa, por regla general no tiene la obligación de actuar conforme a ellos¹⁸².

Por regla general, los Estados que contemplan al abogado del niño en su modelo de representación, lo hacen para los NNA que han alcanzado una edad en la que se presume es capaz de manifestar sus intereses y deseos. Por ejemplo, en Nuevo México y Wisconsin, la edad mínima requerida para que los NNA puedan ser representados por un abogado es de 14 y 12 años, respectivamente. A su vez, usualmente, los diferentes Estados contemplan otras figuras de representación para el NNA que no es capaz de manifestar sus deseos, como lo son el GAL o el CASA.

2.2.2 Actas modelo y estándares elaborados por entidades privadas

Distintas asociaciones de profesionales y organizaciones sin fines de lucro de Estados Unidos han elaborado modelos y estándares para la representación en juicio de NNA. Si bien estos provienen de organizaciones privadas y no tienen fuerza obligatoria para los Estados, su análisis es relevante, pues son vinculantes para los miembros respectivos y sirven de modelo para la regulación.

- *Uniform Law Commission*

La *Uniform Law Commission* (en adelante ULC) es una organización estadounidense sin fines de lucro dedicada al estudio y elaboración de normas unificadas o modelo. Dichas normas constituyen propuestas normativas sin

¹⁸² Por ejemplo, Nevada. De forma excepcional, en el Estado de Vermont, si el NNA es capaz de comunicar sus deseos, el GAL debe actuar conforme a dicho deseos, asumiendo la función de un abogado del niño.

fuerza vinculante para los Estados, las cuales pueden ser aprobadas por los organismos legislativos respectivos, adquiriendo fuerza de ley.

En el año 2006, la ULC redactó la “*Uniform Representation of Children in Abuse, Neglect, and Custody Proceedings Act*” (en adelante URCANCPA), con la finalidad de propiciar la uniformidad en la regulación sobre representación de niños y niñas en procedimientos de abuso, negligencia parental y custodia en los diferentes Estados.

El modelo de representación planteado por ULC es obligatorio para el juez en los procedimientos de abuso y negligencia parental y discrecional en los procedimientos de custodia.

Dicho modelo contempla tres figuras de representación, a saber: el *best interest attorney*, el *child’s attorney* y el *best interest advocate*. Aunque con nombres diferentes, las figuras mencionadas cumplen las mismas funciones que las analizadas en la sección anterior a propósito de los modelos de representación existentes en Estados Unidos. El *best interest attorney* es un guardián *ad litem* y como tal representa el interés superior del NNA¹⁸³; el *child’s attorney* representa el interés manifiesto del niño, de acuerdo con el rol del abogado tradicional, y el *best interest advocate*, aunque puede ser abogado, nunca debe actuar como tal, siendo su rol investigar las circunstancias del niño y colaborar con el tribunal para determinar el interés superior del niño.

Para determinar qué figura es la más apta para representar a un niño en concreto, el juez debe evaluar la capacidad y las circunstancias que lo rodean.

¹⁸³ La sección 13 de la URCANCPA señala que, para efectos de determinar el interés superior del NNA representado, el *best interest attorney* debe atenerse a criterios objetivos establecidos en la ley y en las circunstancias y necesidades del niño, así como cualquier otro hecho relevante para el procedimiento.

El *best interest attorney* está especialmente pensado para la representación de niños muy pequeños que no pueden expresar su opinión ni una decisión relevante para el procedimiento¹⁸⁴. Por el contrario, para proceder a la designación del *child's attorney* se requiere que el niño sea capaz de comunicarse y de tener un juicio propio¹⁸⁵. En ambos casos, es decir, tanto para designar un *best interest attorney* como un *child's attorney*, la capacidad debe evaluarse, según la URCANCPA, caso a caso y no simplemente en función de la edad del niño, siendo esta un elemento más a considerar en la evaluación¹⁸⁶.

En otro orden de ideas, la ULC previó y reguló las alternativas que tiene el *child's attorney* en caso de que el niño plantee objetivos de representación que lo pueden poner en riesgo. En tal caso, la normativa dispone que el *child's attorney* debe, en primer lugar, asesorar a su representado respecto a las consecuencias negativas de su decisión y si, aun asesorado el niño, persiste en sus objetivos, el *child's attorney* puede adoptar una de las siguientes tres alternativas: 1) Si el tribunal no ha designado un *best interest advocate*, el *child's attorney* puede solicitar el nombramiento de uno y continuar con la representación; 2) Abandonar la representación y solicitar el nombramiento de un *best interest attorney*, o 3) Continuar con la representación y solicitar el nombramiento de un *best interest attorney*¹⁸⁷.

LA URCANCPA fue objeto de numerosas críticas, destacando entre las principales tener un modelo único de representación para dos tipos de procedimientos diferentes, como son el procedimiento de abuso y negligencia y

¹⁸⁴ URCANCPA, Sección 4, Comentarios. 15p.

¹⁸⁵ URCANCPA, Sección 4, Comentarios. 15p.

¹⁸⁶ URCANCPA, Sección 4, Comentarios. 15p.

¹⁸⁷ URCANCPA, Sección 12. 30-31pp.

el de custodia y haber contemplado la figura del *best interest attorney* en los procedimientos de abuso y negligencia¹⁸⁸. En particular, la *American Bar Association* (en adelante ABA) criticó que los abogados tuvieran competencia para determinar el interés superior de un niño, en el caso del *best interest attorney*, pues consideran que no poseen los conocimientos ni están capacitados para dicha tarea, incluso si existen criterios objetivos para su determinación¹⁸⁹.

Es importante señalar que, dado que ningún Estado aprobó la URCANCPA, el año 2009 la ULC modificó el nombre de *Uniform a Model*, pasando de ser una normativa uniforme a una normativa modelo.

- *American Academy of Matrimonial Lawyers*

La *American Academy of Matrimonial Lawyers* (en adelante AAML) es una asociación de profesionales fundada en 1962 por prestigiosos abogados dedicados al derecho de familia, con el propósito de promover el profesionalismo y excelencia en la práctica del derecho de familia¹⁹⁰.

La AAML tiene la particularidad de haber creado los primeros estándares para abogados y guardianes *ad litem* en procedimientos de custodia y visitas, los

¹⁸⁸ GUGGENHEIM, MARTIN. 2009. The AMML's Revised Standards for Representing Children in Custody and Visitation Proceedings: The Reporter's Perspective. 19p. y ss. [en línea]: <http://lsr.nelco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1160&context=nyu_plltwp> [consulta: 19 junio 2019].

¹⁸⁹ GUGGENHEIM, MARTIN. 2009. Op. cit. 25-26pp.

¹⁹⁰ Datos obtenidos de la página web de la AAML [en línea]: <<http://aaml.org/about-aaml>> [consulta: 05 mayo 2019].

cuales motivaron la posterior dictación de nuevos estándares y leyes modelo en dichos procedimientos¹⁹¹.

El más reciente de los estándares de la AAML fue publicado el año 2009 y se denomina *Standards for Attorney for Children in Custody or Visitation Proceedings*.

Tras un arduo debate, los estándares del año 2009 establecieron dos figuras para la representación de los intereses de los NNA en los procedimientos de custodia y visitas, a saber: el *counsel for the child*, que corresponde al abogado del niño, y el *court-appointed professional*, que cumple el rol del defensor especialmente designado por el tribunal. Para la AAML es importante que el abogado cumpla el rol que le corresponde de acuerdo a su profesión¹⁹², por lo cual su modelo de representación no incluye la figura del guardián *ad litem* de profesión abogado.

De acuerdo a los estándares, la designación del *counsel for the child* procede únicamente cuando ambas partes solicitan conjuntamente el nombramiento o cuando el tribunal considera que los deseos del niño deben ser considerados como base prominente para el resultado del caso¹⁹³.

Para que un niño pueda ser representado por el *counsel* debe ser capaz de plantear sus objetivos e intereses. En este aspecto, la AAML es mucho más exigente que el modelo planteado por la ULC, pues requiere que el niño sea capaz de comprender la naturaleza y las circunstancias del caso, de apreciar las consecuencias de cada curso de acción alternativo, de participar en una

¹⁹¹ GUGGENHEIM, MARTIN. 2009. Op. cit. 1p.

¹⁹² GUGGENHEIM, MARTIN. 2009. Op. cit. 13p. y ss.

¹⁹³ *Standards for Attorney for Children in Custody or Visitation Proceedings* (2009). Estándar 1.1.

conversación coherente con el abogado sobre los méritos del litigio y de expresar una preferencia que las personas en una situación similar a él pudiesen elegir o, bien, que se derive de un razonamiento racional o lógico¹⁹⁴.

El *counsel* tiene respecto de los NNA los deberes propios establecidos por el Estado para la relación abogado-cliente, como son los deberes de lealtad individual, confidencialidad y representación competente. Además, por tratarse de un cliente menor de edad, la AMML obliga al *counsel* a proteger a su representado de los daños que puedan surgir como resultado del litigio y a esforzarse por agilizar los procedimientos y alentar una solución colaborativa cuando sea apropiado para reducir el trauma que puede causar el litigio¹⁹⁵.

Finalmente, los estándares disponen que en aquellos casos en que se observe que los objetivos del niño son producto de la manipulación de alguno de sus padres o que lo puedan poner en riesgo, el *counsel* debe aconsejar y asesorar al niño, haciéndole presente sus preocupaciones y las implicancias de sus decisiones. En caso de que no logre convencerlo de tomar un curso de acción diferente, el *counsel* está obligado a perseguir el resultado querido por el niño, salvo que opte por abandonar la representación¹⁹⁶.

¹⁹⁴ *Standards for Attorney for Children in Custody or Visitation Proceedings* (2009). Estándar 2.1, Comentarios.

¹⁹⁵ *Standards for Attorney for Children in Custody or Visitation Proceedings* (2009). Estándar 2.4.

¹⁹⁶ *Standards for Attorney for Children in Custody or Visitation Proceedings* (2009). Estándar 2.2, Comentarios.

- *American Bar Association (ABA)*

La ABA es un colegio de abogados de carácter nacional y afiliación voluntaria. Fue fundado en 1878 y es considerado el mayor colegio de abogados voluntario de Estados Unidos, pues sus miembros alcanzan a casi la mitad de los abogados en ejercicio del país¹⁹⁷.

El año 2011, la ABA publicó un acta modelo de representación de NNA para procedimientos de abuso y negligencia, denominada *Model Act Governing Representation of Children in Abuse, Neglect and Dependency Proceeding*, en la cual se contemplan dos figuras de representación, a saber, el *child's lawyer* (o *lawyer for children*), que corresponde al abogado del niño, y el *best interest advocate*, que corresponde al defensor designado por el tribunal.

El modelo de representación propuesto por la ABA el año 2011 es muy similar al de la AAML. En modelos anteriores, la ABA ya había considerado necesario eliminar la figura del guardián *ad litem* de profesión abogado por las mismas razones expuestas por la AAML, en el sentido de que nada en la formación de un abogado lo prepara para determinar cuál es el interés superior de un niño en concreto¹⁹⁸.

De acuerdo a los estándares de la ABA, es obligación del tribunal nombrar un *childs's lawyer* a todos los NNA sin importar su edad¹⁹⁹. Sin perjuicio de esto,

¹⁹⁷ Datos obtenidos de la página web de la ABA [en línea]: <https://qa.americanbar.org/about_the_aba.html> [consulta: 04 mayo 2019].

¹⁹⁸ Traducción nuestra. ABA Abuse and Neglect Model Act, *supra* note 95, at 147, citado por GUGGENHEIM, MARTIN. 2009. Op. cit. 25p.

¹⁹⁹ *Model Act Governing Representation of Children in Abuse, Neglect and Dependency Proceeding* (2011). Sección 3.

los estándares establecen que si el niño tiene capacidad disminuida (*diminished capacity*), lo que significa que no puede dar instrucciones, el abogado debe efectuar una determinación de juicio sustituida, la que consiste en desentrañar lo que el niño decidiría si pudiera tomar una decisión²⁰⁰. La ABA señala que el abogado no debe confundir la determinación de juicio sustituida con la determinación del interés superior del niño, pues esta es una decisión exclusiva del tribunal.

Los deberes del *child's attorney* son los mismos deberes que rigen la relación cliente-abogado, de manera que las normas de conducta profesional aplicables y cualquier ley que rija las obligaciones de los abogados con sus clientes se aplican también para el *child's attorney*. Si bien el modelo incluye una lista de deberes, estos no se encuentran limitados a los señalados en ella. En dicha lista se mencionan los deberes propios de todo abogado y algunos deberes especiales, entre los que destacan la obligación de reunirse con el niño antes de cada audiencia y, por lo menos, tener una reunión en persona cada trimestre, consultar al *best interest advocate* cuando sea apropiado (siempre respetando el deber de confidencialidad) y visitar el hogar, residencia o posible residencia del niño, entre otras²⁰¹.

A diferencia de los modelos de la ULC y la AAML analizados anteriormente, los estándares propuestos por la ABA no contemplan criterios para resolver conflictos ante la eventualidad de que los intereses del NNA sean manipulados por alguno de sus padres o signifiquen un riesgo para él.

²⁰⁰ *Model Act Governing Representation of Children in Abuse, Neglect and Dependency Proceeding* (2011). Sección 7, Comentarios.

²⁰¹ *Model Act Governing Representation of Children in Abuse, Neglect and Dependency Proceeding* (2011). Sección 7.

3. Propuesta de regulación para Chile

3.1. Fundamentos

La regulación de un modelo de representación judicial de NNA en los procedimientos de familia no es una cuestión sencilla, lo que quedó demostrado en el capítulo III, al observar las diversas discusiones que han surgido en Argentina y Estados Unidos en la materia.

En nuestro caso, la incorporación de la figura del abogado del niño, como un representante que defiende el interés manifiesto de los NNA, debe enfrentarse a un ordenamiento jurídico que no ha sido capaz de superar el modelo de la situación irregular²⁰². De hecho, Chile es el único país de Latinoamérica que aún mantiene vigente la Ley de Menores y que no cuenta con una ley de protección integral de derechos de los NNA.

Asimismo, instituciones como la patria potestad y las normas de capacidad contenidas en el Código Civil, como claros resabios de la lógica tutelar, se oponen directamente con el reconocimiento de los NNA como sujetos con autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y, en consecuencia, con la figura del abogado del niño.

En concordancia con los principios consagrados por la CDN, el modelo de representación judicial de NNA para los procedimientos de familia debe necesariamente construirse a partir de la base de que los NNA son sujetos de derecho, los cuales pueden ejercer por sí mismos progresivamente de acuerdo con la evolución de sus facultades. Para lograr dicho cometido es necesario que

²⁰² Así se señala en COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2018. Op. cit. 18p.

se reconozca expresamente, en primer lugar, la calidad de parte de los NNA en todos los procedimientos de familia en que se ventilen cuestiones que afectan sus intereses y, en segundo lugar, la titularidad de garantías procesales, entre ellas, el derecho a ser oído y el derecho a la defensa en su dimensión técnica.

A mayor abundamiento, el modelo de representación judicial debe lograr equilibrar dos valores y derechos fundamentales, a saber: la autonomía progresiva y la protección de los NNA. En efecto, el modelo debe reconocer y transmitir que los NNA son sujetos de derecho en constante evolución y desarrollo y que entre sí presentan diferencias respecto a sus capacidades y autonomía, de manera que debe contemplar alternativas que se ajusten a las diferentes realidades.

3.2. Análisis de categorías

Tomando como referencia las legislaciones comparadas estudiadas, redactamos una propuesta de categorías que creemos que deben ser consideradas en la regulación de la figura del abogado del niño.

- Función o rol

Se debe señalar expresamente que la función del abogado del niño es la representación del interés manifiesto de los NNA. De esta forma, en principio, el representante debe actuar de la misma forma en que lo hace un abogado tradicional con su cliente adulto, con algunos matices que señalaremos más adelante.

La determinación del rol del abogado del niño no debe dejar espacios para dudas. Debemos evitar que se produzca una situación como la actual, en la

cual cada curador *ad litem* actúa de acuerdo a su parecer, vulnerando el derecho a la defensa y a la igualdad ante la ley de los NNA.

- Hipótesis de actuación

Es necesario resolver si la intervención del abogado del niño se limitará a determinadas hipótesis, como sucede en la regulación actual con el curador *ad litem*, o procederá en todos los procedimientos de familia en que se afecten los intereses de NNA.

Consideramos que en la medida que los NNA tengan la madurez y el desarrollo suficiente para poder contar con un abogado, su intervención no debe limitarse a materias o hipótesis específicas, toda vez que dicha prerrogativa es una garantía del debido proceso y como tal debe ser respetada a todos sin condiciones.

No compartimos la opinión de quienes limitan la intervención del abogado del niño, ya sea a la existencia de intereses contrapuestos entre el niño y su representante legal o a otras hipótesis, pues, como hemos señalado, si el derecho a la defensa es aplicado sin restricciones a los adultos, no hay razón para restringirlo en el caso de los NNA.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, no hay que desconocer que en determinados procedimientos la intervención del abogado es mucho más necesaria y apremiante que en otras. Así es, por ejemplo, en los procedimientos de aplicación de medidas de protección y los relativos a la adopción, en los cuales la intervención del abogado no solo es necesaria, sino que indispensable. En efecto, por muy loable que sea la intervención del Estado, su actuación implica un ejercicio de poder en la vida del niño y de su familia que

debe ser controlado con mecanismos que aseguren la representación de los intereses de dichos NNA²⁰³.

- Titularidad del derecho a la defensa técnica y capacidad requerida para su ejercicio

Si bien no cabe duda de que todos los NNA son titulares del derecho a la defensa técnica, no hay que desconocer que el rol que cumple el abogado del niño no es compatible con las capacidades de todos. En efecto, no todos tienen la madurez y el desarrollo suficiente para transmitir sus deseos y manifestar una elección u objetivo.

Lo anteriormente señalado nos lleva a preguntarnos: ¿qué capacidad se requiere para que los NNA puedan actuar en juicio representados por un abogado del niño?

Al respecto, compartimos el criterio de capacidad establecido en la URCANCPA, conforme al cual el ejercicio del derecho a la defensa técnica a través de un abogado del niño requiere que los NNA tengan la capacidad de comunicar sus deseos y de tener un juicio propio. Ciertamente, dichas habilidades son consideradas las mínimas para que el abogado del niño pueda desempeñar adecuadamente su función, defendiendo los intereses de su representado.

Ahora bien, ¿de qué manera podemos materializar en una norma la capacidad exigida para ser representado por un abogado del niño? Para comenzar, consideramos necesario descartar dos extremos.

²⁰³ RODRÍGUEZ, LAURA. 2011. Op. cit. 33p.

Por una parte, debemos desechar la posibilidad de establecer un criterio de capacidad rígido basado únicamente en la edad, porque, según hemos señalado, este modelo no se ajusta al principio de la autonomía progresiva al no considerar las distintas realidades de los NNA que se desarrollan y evolucionan de manera diferente.

Por otra parte, también debemos desechar establecer un criterio de capacidad excesivamente libre, conforme al cual la capacidad se evalúe caso a caso. Si bien esta alternativa parece, a simple vista, ser más ajustada a la CDN, lo cierto es que un modelo de este tipo burocratiza el ejercicio del derecho, pues requiere necesariamente de un procedimiento previo para la determinación de la capacidad, y es peligroso, ya que sujeta la decisión de designar un abogado del niño a la discreción del juzgador de turno²⁰⁴.

Creemos que una buena alternativa a los modelos anteriores es establecer una presunción legal de capacidad, conforme a la cual, a partir de una edad determinada, todos los NNA puedan ser representados por un abogado del niño. Dicha edad debe ser fijada considerando que la capacidad requerida es la de comunicar y de tener un juicio propio, según señalamos anteriormente.

El hecho de que sea una presunción permite que NNA que no alcancen la edad de referencia también puedan ser representados por un abogado del niño si el juez estima que tienen la capacidad requerida o si así, eventualmente, se prueba. En cualquier caso, es necesario establecer que siempre debe entenderse que los NNA cuentan con la capacidad requerida para ser representados por un abogado del niño si ellos mismos solicitan la designación.

²⁰⁴ HERRERA MARISA. 2009. Op. cit. 18p.

Con todo, cabe señalar que la solución propuesta, además de ajustarse a los principios establecidos por la CDN, es armónica con lo señalado por la CIDH respecto a la participación de los NNA en los procedimientos, en cuanto a que se deben considerar sus condiciones específicas y su interés superior, procurando siempre el mayor acceso de estos a su caso, en la medida que ello sea posible²⁰⁵.

- Estándares de actuación

Se deben establecer estándares de actuación mínimos que garanticen una defensa adecuada²⁰⁶. A modo de ejemplo, proponemos los siguientes deberes que debería cumplir todo abogado del niño:

- Presentarse ante los NNA y explicarles la naturaleza del vínculo que mantendrán (abogado-cliente), incluido su deber de confidencialidad. El abogado debe cuidar su lenguaje y expresarse, considerando el grado de madurez y desarrollo del NNA, de manera tal que lo comprendan.
- Tener una comunicación directa y continua en el tiempo con los NNA. La primera entrevista debe llevarse a cabo antes de la primera audiencia, para efectos de conocer a su representado, sus deseos y pretensiones, a partir de los cuales deberá construir la estrategia del caso. Todas las reuniones deberán llevarse a cabo en un espacio protegido, cómodo y adecuado para los NNA.

²⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Op. cit. Párrafo 102.

²⁰⁶ A modo de ejemplo, ver los estándares propuestos por SENAME para la figura actual del *curador ad litem*. En SENAME (2016). Op. cit.

- Asesorar e informar regularmente a los NNA sobre el estado del juicio, sus derechos, posibles estrategias jurídicas y consecuencias de estas.
- Asumir la representación durante todo el juicio, de acuerdo con los deseos y objetivos planteados por los NNA. Esto implica comparecer a las audiencias, presentar escritos, aportar pruebas, solicitar la realización de diligencias y peritajes si fuera necesario, impugnar resoluciones desfavorables al niño y, en definitiva, llevar adelante el procedimiento diligentemente, evitando la dilación de este.
- Facilitar y promover el ejercicio del derecho del niño a ser oído si este desea ejercerlo²⁰⁷. Además, debe velar por que se realice en dependencias y condiciones idóneas y siempre en presencia del abogado.
- Si los NNA se encuentran internados, debe resguardar su derecho a ser visitado por sus padres, familiares y amigos y por todos quienes tengan un interés legítimo²⁰⁸.
- Conflicto de intereses

Si los NNA manifiestan su deseo de alcanzar objetivos que los ponen en peligro, el abogado del niño debe asesorarlos, haciéndoles ver dicha situación.

²⁰⁷ ESTRADA, FRANCISCO. 2018. Tesis sobre el rol del abogado del niño, en Ponencia "Representación jurídica: Hacia una Defensa Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes". Panel "El rol del abogado del niño como evolución de la figura del curador *ad litem*: desafíos para la política pública". 5p. [en línea]: <https://www.researchgate.net/publication/327270156_4_tesis_sobre_el_rol_del_abogado_de_nino> [consulta: 19 junio 2019].

²⁰⁸ ESTRADA, FRANCISCO. 2018. Op. cit. 6p.

Si hecho esto, persisten, el abogado del niño debe tener la opción de abandonar la representación, debiendo el juez designar a otro abogado.

- Elección del abogado del niño

Se debe determinar si los NNA tendrán el derecho de elegir a su representante o será una cuestión que le corresponda únicamente al juez.

En principio, consideramos que no existe inconveniente en que el propio niño, si así lo desea, pueda elegir a su abogado, debiendo siempre el juez velar por que dicha decisión sea voluntaria y libre de presiones. Al respecto, resulta práctico el sistema de registro que existe en la Provincia de Buenos Aires, porque le permite al NNA elegir su representante, pero a la vez asegura que dicha elección no esté precedida de la manipulación de un tercero.

- Conocimientos requeridos

Un aspecto que nos parece importante destacar es la especialización que se debe exigir al abogado del niño, quien debe tener como mínimo amplios conocimientos en temáticas de infancia y adolescencia y además preparación que le permita comunicarse con NNA y comprender sus necesidades biopsicosociales²⁰⁹.

En general, el abogado del niño debe tener una formación integral, que incluya no solo conocimientos jurídicos sino también conocimientos básicos del área de

²⁰⁹ ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA. 2017. Representación en juicio de niños, niñas y adolescentes. Revista El Mercurio Legal. 1p. [en línea]: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/AnalisisJuridico/2017/05/04/Representacion-en-juicio-de-ninos-ninas-y-adolescentes.aspx>> [consulta: 19 junio 2019].

la psicología y del campo social, asegurando, de esa manera, una defensa adecuada y de calidad.

- Figuras alternativas de representación

Dado que todos los NNA tienen derecho a la defensa técnica, consideramos que en aquellos casos en que no se cuenta con la capacidad suficiente para ser representado por un abogado del niño, el ordenamiento debe contemplar otras formas alternativas de representación que sean acordes al nivel de desarrollo de estos.

Nos parece que para este caso el modelo de representación contemplado en el programa “Mi Abogado”, similar al existente en Inglaterra y Gales, integra correctamente el derecho a la defensa con la protección de los NNA. En efecto, el modelo contempla un abogado que representa al niño en juicio y dos profesionales que colaboran con su conocimiento técnico para determinar el interés superior del representado.

En este sentido, compartimos la opinión de la ABA y la AAML en relación a que un abogado no tiene las competencias ni conocimientos para determinar, al menos por sí solo, el mejor interés de un niño, por lo cual es necesario que otro profesional idóneo realice dicha tarea. De cualquier modo, nos parece un aporte establecer en la ley criterios objetivos, como lo sostiene URCANCPA, para determinar el interés superior de los NNA y evitar así que dicha determinación sea resultado de una visión subjetiva de quien la realice o, en el peor de casos, de los prejuicios de dichos profesionales.

CONCLUSIONES

Pese a todos los esfuerzos que Chile ha realizado para ajustar su legislación a los estándares establecidos por la CDN, aún queda mucho por avanzar en términos de reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos de NNA.

En este contexto, el presente trabajo demostró que el ordenamiento jurídico chileno no contempla un marco jurídico integral ni una estructura de defensa judicial que garantice la participación de los NNA en los procedimientos judiciales de familia, de conformidad a los principios establecidos por la CDN, en particular al derecho a ser oído y a la autonomía progresiva.

En relación al marco jurídico integral, se pudo observar que el ejercicio del derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa de los NNA, se encuentran obstaculizados por los resabios de la lógica tutelar que aún existen en el ordenamiento jurídico chileno.

Parte importante de estos resabios se encuentran en el Código Civil y se refieren a la manera en que se concibe a los NNA, es decir, a su condición jurídica y al rol que cumplen los padres en el desarrollo y crecimiento de sus hijos.

En efecto, de conformidad al Código Civil, los NNA son considerados sujetos incapaces que requieren de la representación de sus padres o de un tutor o curador, según sea el caso, para el ejercicio de sus derechos.

Hay que mencionar, además, que la función que cumplen los padres es la de sustituir por completo a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, apartándose de la función de dirección y orientación que promueve la CDN.

A pesar de que las normas anteriores son propias del ámbito civil, estas impactan directamente en la participación de los NNA en los procedimientos de familia, en los cuales se les desconoce la calidad de parte. Ciertamente, en el ámbito de los procedimientos de familia, salvo excepciones y pese al derecho que tienen a ser escuchados en todos los procedimientos que los afectan, la participación de los NNA es accesoria y secundaria.

Por otro lado, el derecho a la defensa técnica de los NNA se ve obstaculizado por la falta de una estructura de defensa judicial que les permita una participación autónoma y activa en los procedimientos de familia que los afectan.

El único mecanismo de representación judicial que contempla nuestro ordenamiento para la representación de los intereses de los NNA en los procedimientos de familia, distinto a la representación legal, es deficiente y contrario a la CDN.

En la práctica, existe una diversidad de criterios respecto a la función del curador *ad litem* contemplado en la Ley N° 19.968. Incluso, en algunos casos, los curadores asumen una postura imparcial en los procedimientos. Esta situación no solo ha significado un obstáculo permanente para el ejercicio de los derechos de los NNA y su participación en juicio, sino también una transgresión al principio de igualdad, generando una discriminación arbitraria en el ejercicio del derecho a la defensa técnica.

Adicionalmente, la figura en cuestión no reconoce a los NNA como sujetos de derecho con autonomía progresiva, pues no les permite participar personalmente. De la misma forma en que los padres sustituyen a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, el curador *ad litem* sustituye la voluntad de sus representados, sin hacerlos partícipes de las decisiones. Al menos, tradicionalmente hablando, esa es la función que le corresponde a un curador.

Bajo las circunstancias descritas, estimamos que Chile requiere incorporar la figura del abogado del niño como un mecanismo de representación judicial que permite la participación de los NNA en igualdad de condiciones con las demás partes del procedimiento y reafirma la condición de sujetos de derecho que la CDN les reconoce.

Ciertamente, a diferencia del curador, el abogado del niño defiende la voz de los NNA, al representar los intereses manifestados por ellos y no la visión de otro adulto sobre qué es lo mejor para ellos, como sucede con la institución de la representación legal y la curaduría *ad litem*.

La experiencia comparada de Argentina y Estados Unidos nos demostró que la regulación del abogado del niño va mucho más allá del simple reconocimiento de la figura y requiere evaluar muchas cuestiones que se plantean en este trabajo, como en qué supuestos debe intervenir el abogado, si puede o no un niño designar a su propio abogado, cuáles son los estándares mínimos que deben modelar su actuar, entre muchas otras.

Además, concluimos que la figura del abogado del niño debe necesariamente coexistir con otras figuras de representación que permitan a todos los NNA intervenir en los procedimientos que los afectan. A nuestro juicio, el abogado del niño solo puede designársele a NNA que tengan la capacidad de

comunicarse y tener un juicio propio, lo que es concordante con el principio de la autonomía progresiva y con la protección que los NNA requieren.

En definitiva, consideramos que nuestro ordenamiento requiere una reforma en materia de representación judicial de NNA en los procedimientos de familia, que contenga la figura del abogado del niño y que reconozca expresamente que los NNA son parte de los procedimientos de familia que los afectan y que tienen derechos procesales, en particular derecho al debido proceso y a la defensa técnica.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, ARTÍCULOS E INFORMES

1. ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA. 2017. Representación en juicio de niños, niñas y adolescentes. Revista El Mercurio Legal [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/AnalisisJuridico/2017/05/04/Representacion-en-juicio-de-ninos-ninas-y-adolescentes.aspx>> [consulta: fecha 19 junio 2019].
2. AGUILERA CHAPARRO, GONZALO. 2010. Del derecho del niño a ser oído y del derecho de defensa de los niños en el actual ordenamiento jurídico familiar: Breves comentarios sobre algunos tópicos jurídicos y acerca del rol del abogado representante del niño, niña o adolescente. Revista Espejos de Infancia: Análisis e Intervenciones en Violencia Infantil, Corporación ONG Paicabí, Valparaíso, Chile: 41-74 [en línea]: <http://revistarayuela.ednica.org.mx/sites/default/files/espejos_de_infancia_ong_paicabi.pdf> [consulta: fecha 19 junio 2019].
3. BEDROSSIAN, GABRIEL. 2011. Abogado del niño: Reflexiones en torno al cuándo, quién y cómo. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III: 44-61pp.
4. BELOFF MARY. 2004. Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires, Editores del Puerto.
5. BIGLIARDI, KARINA. 2015. El abogado del niño. La Ley de Buenos Aires (noviembre), 1066, Thomson Reuters [en línea]: <<http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/doctrina-el-abogado-del-nino-autor-karina-a-bigliardi/>> [consulta: 19 junio 2019].
6. BLANCO, CRISTINA Y SALMÓN, ELIZABETH. 2012. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
7. CAMPOS GARCÍA, SHIRLEY. 2009. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (50): 351-378pp [en línea]: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>> [consulta: 19 junio 2019].

8. CAROCCA PÉREZ, ALEX. 1998. Garantía constitucional de la defensa procesal. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik.
9. CARRARA, NADIA Y GRANDES SOFÍA. 2018. Capacidad progresiva vs. derechos adquiridos: El retroceso en el ejercicio de la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes como garantía del debido proceso. Revista de Derecho UNS, Año VII, Número especial: 61-68pp.
10. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY. 2018. Representation of Children in Child Abuse and Neglect Proceedings. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau [en línea]: <<https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/represent.pdf>> [consulta: 19 junio 2019].
11. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999a. Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios. Unicef-IIN. Revista Derecho a Tener Derechos, Tomo IV [en línea]: <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf> [consulta: 19 junio 2019].
12. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999b. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Revista Justicia y Derechos del Niño, (1):45-62.
13. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2001. Los derechos del niño: De la proclamación efectiva a la protección efectiva. Revista Justicia y Derechos del Niño, (3):49-64pp.
14. CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. 2015. Estudio Análisis del sistema actual de representación judicial de los niños, niñas y adolescentes por curadores *ad litem* y propuesta de un sistema de acceso a la justicia en el marco de un Sistema Integral de Garantías de Derechos, realizado por Ignacio De Ferrari Vial y equipo adjunto, Santiago, Chile.
15. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2018. Informe de la investigación relacionada con Chile, en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones.
16. COUSO SALAS, JAIME. 2006. 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 (3-4): 145-166pp.

17. COUTURE, EDUARDO. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición, Buenos Aires, Roque Depalma.

DOMÍNGUEZ, CECILIA INÉS. 2019. La importancia de la creación y el estado de situación actual del “registro de abogados y abogadas comprendidas en la normativa de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas 9, (1) :19-30pp. [en línea]: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/3658/3768> [consulta: 19 junio 2019].

18. ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. 2015. La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015. Comentarios de Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho Privado (25): 257-268pp.

19. ESTRADA, FRANCISCO. 2018. Tesis sobre el rol del abogado del niño, en Ponencia “Representación jurídica: Hacia una Defensa Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes”. En: Panel “El rol del abogado del niño como evolución de la figura del curador *ad litem*: desafíos para la política pública” [en línea]: <https://www.researchgate.net/publication/327270156_4_tesis_sobre_el_rol_del_abogado_de_nino> [consulta: 19 junio 2019].

20. FAMÁ, MARÍA VICTORIA. 2012. La intervención del abogado del niño en los procesos de familia: alcances y delimitaciones, Compendio Jurídico Errejus N°61 [en línea]: <ftp://facebook.errepar.com/Facebook/CompJur_FAMA.pdf> [consulta: 06 mayo 2019].

21. FLORES, ONA. 2013. Entrevista a Aoife Nolan: Recientes Avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales. Anuario de Derechos Humanos (9): 217-117pp.

22. GALLETI JUDITH Y MANGIONI MIRTA. 2015. Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, Nueva Época, (9): 99-114pp.

23. GARCÍA PINO, GONZALO Y CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO. 2013. El Derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, 11 (2): 229-232.

24. GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. Revista de Derecho, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), (18) 117-137pp.
25. GREEVEN BOBADILLA, NEL. 2017. Filiación. Derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa. Segunda edición actualizada. Santiago de Chile, Librotecnia.
26. GUGGENHEIM, MARTIN. 2009. The AMML's Revised Standards for Representing Children in Custody and Visitation Proceedings: The Reporter's Perspective [en línea]: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1160&context=nyu_plltwp> [consulta: 19 junio 2019].
27. GUTIÉRREZ SILVA, JOSÉ RAMÓN (2009). El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de Derecho Público. Revista chilena de derecho, 36(2), 245-279pp. [en línea]: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372009000200003> [consulta 19 junio 2019].
28. HERRERA, MARISA. 2009. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. Revista Justicia y Derechos del Niño (11): 107-143pp.
29. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
30. JÁUREGUI, RODOLFO GUILLERMO. 2013. El abogado del niño: Una garantía procesal mínima para todos los menores de edad. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2013-IV (agosto). Buenos Aires, Abeledo Perrot [en línea]: <<http://rodolfojauregui.blogspot.com/2013/10/el-abogado-del-nino-una-garantia.html>> [consulta: 06 mayo 2019].
31. JÁUREGUI, RODOLFO GUILLERMO. 2012. La CSNJ y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del abogado del niño. Revista de Derecho de Familia y Persona (noviembre), 271. [en línea]: <<http://rodolfojauregui.blogspot.com/2013/07/la-csjn-y-un-fallo-que-deja-dudas.html>> [consulta: 06 mayo 2019].
32. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y MOLINA DE JUNA, MARIEL. 2015. La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial. Revista Código

Civil y Comercial (5) [en línea]: <<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>> [consulta: 19 junio 2019].

33. LANSDOWN, GERISON. 2005. La evolución de las facultades del niño, *Innocenti Research Center*. Florencia, Italia. UNICEF.
34. LAPLACE, MARÍA PAULA Y ROSALÍA KLUN. 2018. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a contar con un abogado. El desafío de reconocer el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afectan su vida. *Revista de Derecho UNS*, Año VII, Número especial: 37-50pp.
35. LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2004. El derecho del niño a ser oído. Nuevas tendencias del Derecho. Varios autores. Coordinadora María Dora Martinic. Santiago de Chile, LexisNexis.
36. MAIER, JULIO J.B. 2000. Los niños como titulares del derecho al debido proceso. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (2): 9-18p.
37. MILLÁN, PATRICIO Y VILLAVICENCIO, LUIS. 2002. La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección. *Revista de derechos del niño* (1): 58.41-91pp.
38. MORELLO DE RAMÍREZ, MARÍA SILVIA Y MORILLO AUGUSTO. "El abogado del niño". ED 164-1180.
39. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 2013. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo II. Tercera edición. Santiago de Chile, Librotecnia.
40. NÚÑEZ ÁVILA, RENÉ LUIS Y CORTÉS ROSSO, MAURICIO. 2012. Derecho Procesal de Familia. Santiago de Chile, Abeledo Perrot.
41. PÉREZ MANRIQUE, RICARDO. 2007. "Participación judicial de los niños, niñas, y adolescentes". *Justicia y Derechos del Niño*. UNICEF (9):251-277pp.
42. PETTIGIANI, EDUARDO. 2013. ¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo? *Derecho de Familia*. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (62): 13p.
43. PINTO, MÓNICA. 1997. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Abregu, Martín (coord.). "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales". Buenos Aires, Ed. CELS-Editores del Puerto. 163-172pp.

44. PINTO, GIMOL. 2001. La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los derechos del niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México. *Justicia y Derechos del Niño*. (3):130p.
45. PROFILI FADEL, LAURA. 2018. Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes y su participación en los procesos. *Revista de Derecho UNS*, Año VII, Número especial: 29-36pp.
46. RAMOS PAZOS, RENÉ. 2005. *Derecho de Familia*. Tomo II. Quinta edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
47. RODRÍGUEZ, LAURA. 2011. *Infancia y Derechos: Del patronato al abogado del niño*. Experiencia de la clínica jurídica de la Fundación Sur. Buenos Aires, Eudeba, Fundación Sur.
48. RODRÍGUEZ, LAURA Y BLANCK, ERNESTO. 2008. *Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección. Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes*. Buenos Aires, Fundación Sur-Editores del Puerto.
49. SALOMONE, GABRIELA. 2013. La noción jurídica de autonomía progresiva en el campo de la niñez y adolescencia: Incidencias subjetivas e institucionales. En V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
50. SERVICIO NACIONAL DE MENORES. 2016. Nota Técnica Nº 2-2016. El derecho a la representación jurídica de niños, niñas y adolescentes. Unidad del Comisionado para la Infancia y la Adolescencia.
51. SUMMERFIELD, EMA. 2018. The representation of children in public law proceedings. Ministry of Justice Analytical Series [en línea]: [≤ https://dera.ioe.ac.uk/31629/ >](https://dera.ioe.ac.uk/31629/) [consulta: 19 junio 2019].
52. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES Y UNICEF. 2010. "Informe final estudio 'niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia'" [en línea]: [< https://docplayer.es/21753997-Informe-final-estudio-ninos-ninas-y-adolescentes-en-los-tribunales-de-familia.html >](https://docplayer.es/21753997-Informe-final-estudio-ninos-ninas-y-adolescentes-en-los-tribunales-de-familia.html) [consulta: 19 junio 2019].
53. VARGAS PAVEZ, MACARENA Y CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *Revista Ius et Praxis* 17 (1): 177-204pp.

54. VIOLA, SABRINA. 2012. Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. Revista Electrónica Cuestión de Derechos, Argentina.

NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

1. CHILE. Ministerio de Justicia. 2018. Resolución Exenta N° 1.802: Dispone el funcionamiento del programa de representación jurídica de niños, niñas y adolescentes y de la unidad técnica a cargo de dicho programa, 16 de octubre de 2018.
2. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2018. Ley N° 21.067: Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, 29 de enero de 2018.
3. CHILE. Ministerio de Justicia. 2007. Decreto 1378: Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.081 que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, 25 de abril de 2007.
4. CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley N° 20.084: Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, 7 de diciembre de 2005.
5. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto N° 100: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005 [en línea]: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 03 junio 2019].
6. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.968: Crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004. [en línea]: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>> [consulta: 03 junio 2019].
7. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.947: Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, 17 de mayo de 2004 [en línea]: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>> [consulta: 03 junio 2019]
8. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Decreto con Fuerza de Ley: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre y Pago de Pensiones Alimenticias y de la Ley N° 16.271, de Impuesto a las

- Herencias, Asignaciones y Donaciones, 30 de mayo de 2010 [en línea]: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>> [consulta: 03 junio 2019].
9. CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley N° 19.620: Dicta normas sobre adopción de menores, 5 de agosto de 1999 [en línea]: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084>> [consulta: 05 mayo 2019].
 10. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1991. Decreto N°873: Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica [en línea]: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>> [consulta: 05 mayo 2019].
 11. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Decreto N° 830: Promulga Convención de Derechos del Niño, de 27 de septiembre de 1990 [en línea]: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824>> [consulta: 03 junio 2019].
 12. ARGENTINA. 2014. Ley N° 26.994: Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 8 de octubre de 2014 [en línea]: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/text.act.htm>> [consulta: 5 mayo 2019].
 13. ARGENTINA. 2005. Ley N° 26.061: De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente, 26 de octubre de 2005 [en línea]: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000114999/110778/norma.htm>> [consulta: 03 junio 2019].
 14. BUENOS AIRES, Argentina. 2013. Ley N° 14.568: Crea en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, 27 de noviembre del año 2013 [en línea]: <<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14568.html>> [consulta: 05 mayo 2019].
 15. BUENOS AIRES, Argentina. Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. 2016. Circular N° 6.273: Reglamento Único de Funcionamiento del Registro de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes de 8 de agosto de 2016 [en línea]: <<http://www.casi.com.ar/sites/default/files/Regto%20Abogado%20del%20Niño.pdf>> [consulta: 05 mayo 2019].
 16. INGLATERRA. 1989. *Children Act* 1989, Parte IV, Numeral 41 [en línea]: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>> [consulta: 03 junio 2019].
 17. ESTADOS UNIDOS. 1974. Public Law 93.247: *The Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act* (CAPTA).

18. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación General N° 14, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial.
19. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009a. Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).
20. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009b. Observación General N° 12, sobre El derecho a ser escuchado.
21. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión Consultiva 17/2002, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002 [en línea]: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> [consulta: 19 junio 2019].
22. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1987. Opinión Consultiva 9/87, sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Párrafo 118.

REGLAS, ACTAS MODELOS Y ESTÁNDARES

1. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. 2008.
2. Uniform Representation of Children in Abuse, Neglect, and Custody Proceedings Act (URCANCPA). 2006. Uniform Law Commission.
3. Standards for Attorney for Children in Custody or Visitation Proceedings. 2009. American Academy of Matrimonial Lawyers.
4. Model Act Governing Representation of Children in Abuse, Neglect and Dependency Proceeding. 2011. American Bar Association.

JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Constitucional Rol N° 621- 2006 de 29 de mayo de 2007.

2. Tribunal Constitucional, Rol N° 1411-2009 de 07 de septiembre de 2010.
3. Corte Suprema Rol N° 12057-2013 de 26 de febrero de 2014.
4. Corte Suprema, Rol N° 124-2015 de 18 de agosto de 2015.
5. Corte Suprema Rol N° 38322-2016 de 26 de agosto de 2016.
6. Corte Suprema Rol N° 5252-2016 de 04 de octubre de 2016.
7. Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2215-2016 de 22 de noviembre de 2016.
8. Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 3113-2016 de 13 de abril de 2017.
8. Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 773-2011 de 07 de diciembre de 2011.
9. Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N° 207-2016 de 17 de octubre de 2016.
10. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Caso Gault de 15 de mayo de 1967. [en línea]: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/> [consulta: 19 junio 2019].