



Universidad de Chile

Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas

Departamento de Ingeniería Industrial

**INVOLUCRAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCEDIMIENTO
JUDICIAL SOBRE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN CHILE:
UN ANÁLISIS DESDE EL ENFOQUE DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA**

Tesis para optar al grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas

Natalia Alejandra Reyes Díaz

Profesora Guía:
Manuela García Quiroga

Miembros de la Comisión:
Fabiola Lathrop Gómez
Cristian Leyton Navarro

Tesis en el marco del FONDECYT N°11190298 "Participación de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones en sistemas de protección en cuidados alternativos: incorporando las voces de distintos actores del proceso"

SANTIAGO DE CHILE

2022

RESUMEN DE LA TESIS PARA OPTAR AL GRADO

DE: Magíster en Gestión y Políticas Públicas

POR: Natalia Alejandra Reyes Díaz

FECHA: 2022

PROFESORA GUÍA: Manuela García Quiroga

INVOLUCRAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SOBRE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN CHILE: UN ANÁLISIS DESDE EL ENFOQUE DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA

El derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos que afectan sus vidas exige que su intervención sea significativa. Esto implica que no basta solo con escuchar a los niños, niñas y adolescentes, sino que, también, debe involucrarse su opinión en las decisiones que se adoptan a su respecto, es decir, colocar la opinión del niño, niña o adolescente dentro del proceso de toma de decisión. La concreción y el ejercicio de esta dimensión del derecho a la participación significativa requiere ser mejorada, especialmente en los procesos judiciales chilenos en que se discute la adopción de medidas de protección que afectan intensamente la vida de los niños, niñas y adolescentes.

El presente estudio analizó la forma en que en los procesos judiciales proteccionales chilenos se concreta y despliega la dimensión de involucramiento de la participación de los niños, niñas y adolescentes, según las percepciones de sus intervinientes, abordando aspectos generales, problemas y mejoras sobre cada uno de los requisitos que exige el involucramiento en los términos propuestos por el modelo de participación significativa: (i) el conocimiento por parte de los profesionales de las opiniones del niño, niña o adolescente sobre las posibles decisiones y la decisión finalmente adoptada, (ii) la presencia de este en el momento en que se toma la decisión y (iii) la consideración de su perspectiva en la fundamentación de la sentencia.

Esta investigación cualitativa, de tipo exploratorio y descriptivo, recogió las opiniones, experiencias y percepciones de los actores intervinientes mediante entrevistas semiestructuradas. Luego, ejecutó el plan de análisis de contenido temático que permitió describir el estado de los tres requisitos de la dimensión el involucramiento de la participación significativa de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales proteccionales y generar recomendaciones para mejorar su ejercicio.

En este sentido, los resultados, confirmando el bajo nivel de concreción del involucramiento de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales proteccionales, arrojaron aspectos centrales de su realidad práctica, como la importancia del vínculo de confianza para la participación, la relevancia de las habilidades comunicacionales y psicosociales de los profesionales y el impacto del alto nivel de discrecionalidad judicial. Entre sus problemas destacó la persistencia del enfoque tutelar, la baja cantidad y calidad de las audiencias reservadas, la insuficiencia normativa y la sobrecarga laboral de los Tribunales de Familia. Ante este panorama, se recomendó enriquecer el desarrollo legislativo del derecho a la participación, transitar hacia un sistema proteccional mixto y fortalecer la especialización y la capacitación en enfoque de derechos. En particular, para mejorar la concreción de cada uno de los requisitos de la dimensión de involucramiento en los procesos judiciales proteccionales sobresalieron las propuestas de otorgar preferencia a la realización de la audiencia reservada, crear una instancia procesal especial para notificar al niño, niña o adolescente y agregar al expediente un acta general de la audiencia reservada.

En síntesis, de los hallazgos se concluye que aún quedan importantes desafíos pendientes para involucrar efectivamente a los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales proteccionales que los afectan. Sin embargo, la nueva Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, abrió la oportunidad de adecuar la regulación y las prácticas participativas dentro del proceso judicial proteccional chileno. Por ello, ante la tarea que se aproxima, este estudio pretendió aportar ideas y medidas concretas para mejorar el ejercicio del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en dicha instancia judicial, poniendo especial énfasis en su involucramiento efectivo durante el proceso de discusión de la decisión proteccional.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	1
1. Disputa entre el enfoque tutelar y el enfoque de derechos.....	5
1.1. El enfoque tutelar: NNA como objeto de protección.....	6
1.2. El enfoque de derechos: NNA como sujeto de derechos.....	7
1.3. Los nudos políticos de los enfoques en disputa y su impacto en la participación.....	8
2. Regulación del derecho a la participación y del procedimiento sobre aplicación de medidas de protección.....	13
2.1. Normativa.....	13
2.1.1. Regulación internacional	15
2.1.2. Regulación nacional	18
2.2. El procedimiento judicial sobre aplicación de medidas de protección.....	34
2.2.1. Inicio del procedimiento	35
2.2.2. Posibilidad de decretar medidas cautelares	36
2.2.3. Audiencia preparatoria.....	36
2.2.4. Audiencia de juicio.....	37
2.2.5. Decisión sobre la medida de protección	37
2.2.6. Cumplimiento y seguimiento.....	38
2.3. Intervinientes.....	39
2.3.1. Niños, niñas y adolescentes	39
2.3.2. Curadores ad litem	40
2.3.3. Padres, representantes legales, cuidadores o adulto responsable ...	40
2.3.4. Jueces y Consejerías técnicas	41

3. Participación significativa	43
3.1. Sobre la participación de niños, niñas y adolescentes.....	43
3.2. Los modelos jerárquicos de participación	44
3.2.1. La escalera de Arnstein: participación ciudadana.....	44
3.2.2. La escalera de Hart: participación de NNA.....	46
3.2.3. Crítica al modelo jerárquico de participación	48
3.3. Modelo de Participación Significativa	50
3.3.1. La tercera dimensión: involucramiento del NNA en el proceso de toma de la decisión proteccional.....	52
3.3.2. Requisitos de la dimensión de involucramiento.....	53
4. Panorama actual de la investigación sobre la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos sobre decisiones proteccionales.....	55
4.1. Investigaciones internacionales	55
4.1.1. Investigaciones en países latinoamericanos	56
4.1.2. Investigaciones en otros países.....	57
4.2. Investigaciones nacionales	60
5. Delimitación del estudio y diseño metodológico	64
5.1. Pregunta de Investigación.....	64
5.2. Objetivo General	64
5.3. Objetivos Específicos.....	64
5.4. Diseño metodológico.....	65
5.4.1. Enfoque, tipos y métodos de la investigación.....	65
5.4.2. Unidad de análisis y tipo de muestra	68
5.4.3. Criterios para la determinación de la muestra	70

5.4.4.	Descripción de la muestra seleccionada	80
5.4.5.	Técnica e instrumento de recolección de información	81
5.4.6.	Plan de análisis y procesamiento de datos.....	87
5.4.7.	Consideraciones éticas.....	90
6.	Resultados.....	91
6.1.	De la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.....	93
6.1.1.	Elementos emergentes de la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección	93
6.1.2.	Problemas que obstaculizan la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección	113
6.1.3.	Mejoras para aumentar la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección	132
6.2.	Conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso.....	141
6.2.1.	Elementos emergentes respecto al conocimiento de los profesionales de la opinión de NNA sobre las posibles decisiones del caso.....	142
6.2.2.	Problemas para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de NNA sobre las posibles decisiones del caso	149
6.2.3.	Mejoras para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre las posibles decisiones del caso	161
6.3.	Consideración de las opiniones del NNA en la fundamentación de la decisión judicial.....	175
6.3.1.	Elementos emergentes respecto a la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial.....	175
6.3.2.	Obstáculos a la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial.....	187

6.3.3. Mejoras para una mayor consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial.....	198
6.4. Presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial...	205
6.4.1. Elementos emergentes respecto a la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial.....	205
6.4.2. Problemas que obstaculizan la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial.....	209
6.4.3. Mejora para asegurar la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial: creación de instancia especial.....	212
6.5. Conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre la decisión adoptada.....	214
6.5.1. Elementos emergentes respecto al conocimiento de los profesionales de la opinión de NNA sobre la decisión adoptada.....	214
6.5.2. Problema para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión del NNA sobre la decisión adoptada: la falta de tiempo por sobrecarga laboral	218
6.5.3. Mejoras para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre la decisión adoptada	219
7. Análisis y discusión de resultados.....	221
7.1. Contraste entre la valoración positiva del derecho a la participación de NNA y la concreción aleatoria del involucramiento en el proceso judicial protectorial..	221
7.2. Vínculo de confianza como motor de la participación de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.....	224
7.3. La insuficiente regulación que obstaculiza alcanzar el involucramiento.	225
7.4. La edad como determinante del involucramiento.....	226

7.5. El rol central pero indefinido del curador ad litem para alcanzar el involucramiento del NNA	228
7.6. Importancia de las habilidades comunicaciones y psicosociales de los profesionales	229
7.7. La consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial.....	231
7.8. Las dificultades en la audiencia reservada.....	234
7.9. El amplio margen de discrecionalidad del juez de familia en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección	235
7.9.1. La deficiente regulación de la representación judicial de NNA	235
7.9.2. Control del juez sobre la audiencia reservada	237
7.10. La sobrecarga laboral como factor externo negativo para el involucramiento	240
8. Recomendaciones	241
8.1. Recomendaciones transversales	241
8.1.1. Transitar hacia un sistema de protección administrativo y excepcionalmente judicial	241
8.1.2. Promover y fortalecer el enfoque de derecho y la especialización profesional.....	242
8.1.3. Creación de un recurso que garantice el involucramiento de NNA en los procesos judiciales.....	243
8.1.4. Regulación de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales	245
8.2. Recomendaciones para mejorar el involucramiento del NNA en el proceso judicial proteccional	247

8.2.1. Para el conocimiento de la opinión de los NNA sobre las decisiones: designación obligatoria de curador ad litem, interés manifiesto, audiencia reservada como regla general y mejoras a su ejecución	247
8.2.2. Para la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión: notificación de la decisión judicial en una instancia especial	248
8.2.3. Para la consideración de las opiniones del NNA en la fundamentación de la decisión: acta general de la audiencia reservada y mejoras de la sentencia	248
Conclusiones	250
Bibliografía	254
1. Artículos y libros	254
2. Documentos de instituciones públicas de Chile	262
3. Normativa.....	263
Tratados internacionales	263
Otros instrumentos internacionales	264
Normativa nacional	264
Anexos	265
1. Anexos públicos	265
Anexo A: Pautas de entrevista individual por tipo de entrevistado.....	265
Anexo B: Modelo de consentimiento informado de personas entrevistadas	274
Anexo C: Modelo de ficha de datos por tipo entrevistado	277
2. Anexos confidenciales.....	279
Anexo D: Consentimientos informados suscritos por los entrevistados	279
Anexo E: Fichas de datos de personas completadas por los entrevistados.	279
Anexo F: Acuerdo de confidencialidad de transcripción.....	279

Anexo G: Carpeta “Transcripciones de entrevistas con codificación en MAXQDA”	279
--	-----

TABLA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDN	Convención de los Derechos del Niño
CNF	Comisión Nacional de la Familia
CPR	Constitución Política de la República de Chile
CRC	Comité de Derechos del Niño
LGPIDNA	Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia
LM	Ley N°16.618, de Menores
LSNPE	Ley N°21.302, que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia
LTF	Ley N°19.968, que Crea los Tribunales de Familia
MPAT	Meaningful Participation Assessment Tool
NNA	Niños, niñas y adolescentes
SENAME	Servicio Nacional de Menores
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Nudos políticos entre el enfoque tutelar y el enfoque de derechos	8
Tabla 2: Significado de participación en cada enfoque	10
Tabla 3: Investigaciones latinoamericanas sobre participación de NNA en procedimientos que los afectan.....	56
Tabla 4: Investigaciones latinoamericanas sobre participación de NNA en contexto residencial	57
Tabla 5: Investigaciones internacionales en otros países sobre participación de NNA en procesos sobre decisión proteccional	58
Tabla 6: Investigaciones nacionales sobre el derecho a la participación de NNA en la justicia de familia	60
Tabla 7: Investigaciones chilenas sobre participación de NNA en procesos judiciales proteccionales	62
Tabla 8: Criterios para la determinación de la muestra	79
Tabla 9: Descripción de las entrevistas realizadas.....	80
Tabla 10: Traducción propia de la cartilla evaluativa de la dimensión de involucramiento	84
Tabla 11: Categorías temáticas principales de las pautas de entrevista individual	85
Tabla 12: Información a recoger en cada categoría principal.....	86
Tabla 13: Circunstancias que obstaculizan la construcción de vínculos de confianza entre profesionales y NNA en un proceso judicial de aplicación de medidas de protección.....	115
Tabla 14: Razones de la baja interposición de recursos contra las resoluciones de los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.....	124
Tabla 15: Razones de la falta de especialización de los profesionales que intervienen en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección	129
Tabla 16: Razones esgrimidas por los jueces para no decretar audiencia reservada	154

ÍNDICE DE DIAGRAMAS

Diagrama 1: Regulación del derecho a la participación de NNA y del proceso judicial proteccional	14
Diagrama 2: Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia de la Ley N°21.430.....	26
Diagrama 3: El derecho a la participación y el derecho a ser oído en la Ley N°21.430	31
Diagrama 4: Procedimiento judicial para la decisión sobre una medida proteccional	35
Diagrama 5: Requisitos de la dimensión de involucramiento en el modelo de participación significativa.....	53
Diagrama 6: Unidades de análisis del presente estudio.....	69
Diagrama 7: Categorización temática general para la confección de la pauta de entrevista.....	86

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Escalera de participación de Arnstein	44
Ilustración 2: Escalera de participación de Hart	46
Ilustración 3: Peldaños de participación de Hart, 1992. Elaboración propia.....	47
Ilustración 4: Resultados del estudio de Charles & Haines	49
Ilustración 5: Dimensiones del Modelo de Participación Significativa	51
Ilustración 6: Distribución por sexo en juzgados de primera instancia en el año 2020	74
Ilustración 7: Distribución por sexo de la dotación del Poder Judicial en el año 2020	74
Ilustración 8: Número de causas ingresadas y terminadas en competencia de familia el 2019, por Corte de Apelaciones	76
Ilustración 9: Ingresados Área Protección período enero-septiembre 2020, por tramo etario	77

Ilustración 10: Resumen de ítems del Modelo de Participación Significativa y la MPAT	83
Ilustración 11: Conjuntos de transcripciones según el tipo entrevistado, en MAXQDA	88
Ilustración 12: Códigos temáticos principales en MAXQDA	88
Ilustración 13: Categorías principales ordenadas temporalmente para la exposición de los resultados	91

ÍNDICE DE RESULTADOS

Resultado 1: Elementos emergentes de la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección	93
Resultado 2: Problemas que obstaculizan la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección	113
Resultado 3: Mejoras para aumentar la participación en general de NNA en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección	132
Resultado 4: Elementos emergentes respecto al conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso.....	142
Resultado 5: Problemas para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de NNA sobre las posibles decisiones del caso	149
Resultado 6: Mejoras para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre las posibles decisiones del caso	162
Resultado 7: Elementos emergentes respecto a la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial.....	175
Resultado 8: Problemas para la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial	187
Resultado 9: Mejoras para una mayor consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial	198
Resultado 10: Elementos emergentes respecto a la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial.....	205

Resultado 11: Problemas que obstaculizan la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial.....	209
Resultado 12: Mejora para asegurar la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial: creación de instancia especial.....	212
Resultado 13: Elementos emergentes respecto al conocimiento de los profesionales de la opinión de NNA sobre la decisión adoptada.....	214
Resultado 14: Problema para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de NNA sobre la decisión adoptada: falta de tiempo por sobrecarga laboral	218
Resultado 15: Mejoras para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre la decisión adoptada	219

INTRODUCCIÓN

Desde la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) por el Estado chileno, en 1990, la política pública nacional sobre la materia se ha visto forzada a ajustes para dar cumplimiento progresivo al tratado (UNICEF, 2015; Cillero, 1999).

La principal virtud de la CIDN fue el cambio de paradigma desde un enfoque tutelar hacia un enfoque de derechos que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos humanos y civiles (Bell, 2011; ten Brummelaa et al., 2017; Vargas et al., 2011).

Si bien el enfoque de derechos constituye el paradigma ideal al que deben propender las reformas a la política pública de niños, niñas y adolescentes, persiste la tensión con el enfoque tutelar.

Uno de los pilares fundamentales de la CIDN es el derecho a la participación consagrado en el artículo 12, integrado por el derecho a ser oído, informado y ser considerado en las decisiones de los niños, niñas y adolescentes durante todo el transcurso de cualquier procedimiento judicial o administrativo que le afecte. En este sentido, la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño señala expresamente que “su aplicación debe ser efectiva, ética y significativa”, y que “se trata de una participación que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo”.

Desde las ciencias sociales, en un principio, la participación como concepto general fue comprendida desde una perspectiva jerárquica, según la cual algunas formas eran más participativas que otras. Esta visión se observa en los modelos de Arnstein en 1969 y de Hart en 1992 (Middel et al., 2020).

Posteriormente, la jerarquización de la participación fue criticada (Charles et al., 2014), considerándose más acertada en la actualidad el modelo de la participación significativa de niños, niñas y adolescentes, que propone la división de la participación en tres dimensiones esenciales e igualmente importantes en su ejercicio: informar, escuchar e involucrar en la decisión final (Bell, 2002; Bouma et al., 2018; ten Brummelaa et al., 2017; Observación N°12, 2009).

Este modelo de comprensión integral de lo que significa la participación de los NNA en los distintos procesos se condice el enfoque multidimensional de la garantía de derecho, que propone que el ejercicio de un derecho implica la consideración de múltiples dimensiones interdependientes que permitan la generación de condiciones para un ejercicio integral del mismo (Cunill-Grau, Leyton y Abarca, 2018, p. 57).

Diversos estudios señalan que la concreción de estos ámbitos, especialmente en los procedimientos judiciales, es dificultosa por un conjunto de factores: concepciones o enfoques de los actores del proceso respecto al derecho a la participación de NNA, rol del curador ad litem, edad del NNA, capacidades técnicas de los actores, entre otros (Besell, 2010; ten Brummelaar et al., 2017; Bustos, 2019; Estrada, 2019; Vargas et al., 2011).

En particular, la dimensión de involucramiento del niño, niña o adolescente en la decisión final del proceso proteccional implica que los NNA deben participar en la elaboración de la decisión en tres sentidos: (i) expresando su opinión sobre la eventual decisión proteccional y sobre la ya adoptada, (ii) estando presentes en el momento en que se adopta la decisión y (iii) debiendo considerarse su perspectiva la decisión final (Middel et al., 2020).

Como expondrá el estudio, esta dimensión no ha sido directa y específicamente estudiada por la doctrina jurídica ni las ciencias sociales chilenas. Las investigaciones existentes han abarcado todo el espectro de dimensiones que envuelve el derecho del niño a ser oído –fórmula conceptual más recurrentemente utilizada– sin distinguir los diversos elementos que la integran (Vargas y Correa, 2011; Espejo y Lathrop, 2015; Salum et al., 2015; Vargas et al., 2010 y Couso, 2006).

En Chile, tras la ratificación de la CIDN y el trabajo de agenda pública y emprendimiento político para la modernización del Estado llevado a cabo por los gobiernos concertacionistas entre 1990 y 2003 (Aramburu, 2017), el año 2004 se publicó la Ley N°19.968, que Creó los Tribunales de Familia. Este nuevo cuerpo legal recogió el derecho a la participación en la fórmula del derecho del niño a ser oído, consagró el interés superior del niño (artículo 16) y reguló la representación judicial de niños, niñas y adolescentes mediante la figura del curador ad litem (artículo 19).

Si bien la normativa importó un gran avance de la legislación chilena, el nivel de profundidad y definición de la regulación fue bajo, debiendo hacer un trabajo importante la doctrina y la jurisprudencia para dotar de contenido los mandatos legales señalados.

En cuanto a la implementación de los derechos de La Ley N°19.968, UNICEF ha sido categórico al señalar que “la situación de infancia y adolescencia en Chile todavía tiene mucho que avanzar. La institucionalidad [...] es insuficiente y hoy no está pudiendo llegar oportunamente a todos los NNA que la necesitan” (UNICEF, 2015), cuestión que también diagnostican otras investigaciones (Bustos, 2019; Estrada, 2019; Vargas et al., 2011; Middel et al.,

2020). En este sentido, el estudio pretende ser un aporte para mejorar el ejercicio y la concreción del derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales protectores chilenos, específicamente su dimensión del involucramiento en el proceso decisorio.

Una de las primeras señales de preocupación del Poder Judicial chileno sobre el funcionamiento del sistema de protección especial de NNA, fue la creación e instalación, en el año 2010, del Centro de Medidas Cautelares, aunque solo en la provincia de Santiago de la Región Metropolitana. El objetivo primordial de esta unidad es el conocimiento concentrado, a través de un modelo de gestión operativo, de las medidas cautelares de carácter urgente en materias de protección, violencia intrafamiliar e infraccionales, así como de las audiencias preparatorias, de juicio, y de revisión de dichas medidas (Lathrop, 2014). Esta especial medida de reorganización para la administración de justicia no ha estado exenta de críticas e inquietudes (Estrada, 2018 y Bustos, 2019).

En Chile, la cantidad de causas sobre medidas de protección por vulneración de derechos que ingresan a los Tribunales de Familia del país va en constante aumento. Según la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, entre los años 2014 y 2017 las causas sobre vulneración de derechos aumentaron de 84.094 a 124.999, concentrando, el año 2017, el 17,8% del total de las causas ingresadas a los Tribunales de Familia, y siendo solo superadas por las causas de alimentos, que representaron el 33,1% (Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2018, pp. 15 y 16).

Tras los diagnósticos y preocupaciones expuestas, sumado a ello las irregularidades y negligencias ocurridas en el SENAME, expuestas inicialmente en el Informe Jeldres del año 2013 y que reaparecen cada ciertos años en los espacios mediáticos, la agenda pública sobre niñez vulnerada se dinamizó, abriendo la discusión legislativa y dando como resultado la dictación reciente de la Ley N°21.302, que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Esta última, como primer estatuto de protección y garantía integral de derechos para NNA en Chile, desarrolla de manera más exhaustiva el derecho a la participación individual de los NNA en los procesos que los afectan, y, en particular, en los procedimientos protectores. La nueva regulación marco abrió el desafío de adecuar la normativa existente a sus exigencias en un mediano plazo, lo cual implica que el procedimiento judicial sobre aplicación de medidas de protección dispuesto en la Ley N°19.968 deberá ser revisado y ajustado también en lo que respecta al

derecho a la participación de los NNA en esa instancia, y, por tanto, en su involucramiento en el proceso decisorio.

En consecuencia, teniendo en consideración este contexto y siendo la dimensión de involucramiento una de las perspectivas menos investigadas en el ámbito de la participación significativa de los procesos protectores, resulta relevante contribuir mediante un análisis crítico de aquella en el proceso judicial protector chileno, que delimite su estado actual de implementación, explore sus factores facilitadores y problemáticos y aproxime recomendaciones para mejorar la concreción del involucramiento de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección en Chile.

Con este objetivo, se llevó a cabo un estudio cualitativo de tipo exploratorio y descriptivo que recopiló las percepciones, experiencias e información sobre el tema mediante entrevistas semiestructuradas a una muestra intencionada de actores intervinientes del proceso judicial protector de especial incidencia en el involucramiento de los niños, niñas y adolescentes en la instancia judicial.

Atendido el modelo de la participación significativa aplicado en este estudio, para la construcción de la pauta de entrevista se utilizó la Herramienta de Evaluación de Participación Significativa (validada por Middel y otros autores, 2020); en particular, los tres requisitos de la dimensión de involucramiento: (i) el conocimiento por parte de los profesionales de las opiniones del NNA sobre las posibles decisiones y la decisión finalmente tomada, (ii) la presencia del NNA en el momento que se toma la decisión y (iii) la consideración de su perspectiva en la fundamentación de la decisión.

Dado que el involucramiento de NNA en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección trata conceptos e instituciones jurídicas que se expresan fenomenológicamente en la práctica judicial, se utilizaron el método dogmático jurídico y, especialmente, el método socio-jurídico. Ambas herramientas permitieron observar el fenómeno tanto, desde su expresión en el derecho objetivo (las leyes), como desde su desenvolvimiento en las labores de los Tribunales de Familia.

El análisis de contenido de las entrevistas se realizó codificándolas en el software MAXQDA mediante un sistema de códigos construido a partir del modelo de participación significativa utilizado en este estudio.

Esto permitió, finalmente, identificar, describir y analizar un gran conjunto de tópicos generales, problemas y recomendaciones respecto a cada uno de los requisitos que exige el involucramiento de los NNA en los procesos judiciales protectores.

1. DISPUTA ENTRE EL ENFOQUE TUTELAR Y EL ENFOQUE DE DERECHOS

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), adoptada en 1989 por la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas, representó un consenso de diversas culturas en aspectos esenciales como la relación de niños, niñas y adolescentes (NNA) con la familia, sus derechos, los deberes del Estado y sus cuidadores y las políticas públicas dirigidas a ellos (Cillero, 1999). Su mayor virtud fue el cambio de paradigma desde un enfoque tutelar –que justificaba la intervención del Estado focalizada en la niñez irregular o problemática (Cunill-Grau, 2010)– hacia el reconocimiento de NNA como sujetos de derechos humanos y civiles, otorgando al Estado un rol garante de aquellos (Vargas y Correa, 2011).

Tras la ratificación de la CIDN por el Estado chileno en 1990, la política pública nacional sobre la materia se ha debido ajustar para dar cumplimiento progresivo al tratado (UNICEF, 2015).

Históricamente las políticas públicas sobre la niñez en Chile han sido de orientación privada y asistencialista o tutelar, enfocada en educación, salud y justicia. La intervención del Estado surge a finales del siglo XIX, siendo el primer antecedente la creación de la Escuela Correccional del Niño en 1896 (Tello, 2003). La Ley de Menores de 1928 fue el marco normativo tanto de los niños y niñas vulnerables como de los infractores de ley, creándose los tribunales de menores para su tratamiento. Tras el término de la dictadura, desde 1990 en adelante, se evidencia un tenue cambio de enfoque hacia la promoción de derechos y la inversión social en la niñez, comprendiéndola como componente esencial del desarrollo humano integral (Ministerio de Desarrollo y Planificación, 2010), sin embargo, el diseño continuó siendo sectorial y tutelar.

Una de las reformas significativas en la materia fue la Ley N°19.968 del año 2004, que creó los Tribunales de Familia. Este cuerpo normativo se caracterizó por intentar incorporar institucionalidad y derechos consagrados en la CIDN, creando tribunales especiales para los conflictos familiares, disponiendo principios rectores como el interés superior del niño y el derecho a la participación, proponiendo el uso de la mediación como sistema alternativo de resolución de conflicto y prescribiendo la representación judicial mediante la figura del curador ad litem para la concreción del derecho del niño a ser oído (Biblioteca del Congreso Nacional, 2018). Sin embargo, como veremos, su enfoque general continuó siendo tutelar.

Las políticas públicas sobre niñez y adolescencia han derivado de extensos procesos con actores de diversas orientaciones, no teniendo un carácter

homogéneo e integral (Villalta, 2013). Aquello no podría ser de otra forma, ya que, la manera en que se define un problema repercute directamente sobre los actores movilizados y las ideologías o definiciones disputadas (Subirats et al., 2008), siendo la niñez y la adolescencia un sector de la población respecto del cual coexisten y se tensionan diversas representaciones o enfoques en el diseño de sus políticas públicas, especialmente en cuanto a la concepción de NNA y su familia y el rol del Estado respecto de aquellos (Grau, 2011).

La controversia en el fenómeno sociopolítico que significó la discusión de la Ley N°19.968 respecto a los derechos la niñez y la adolescencia es telón de fondo para la comprensión de la estructura y configuración del derecho a la participación en el sistema proteccional chileno, por lo que esencial será preguntarse ¿cuáles fueron los nudos políticos disputados por los enfoques de niñez y adolescencia presentes en la Ley que Creó Los Tribunales de Familia?

Para vislumbrar aquello, previamente, se expondrán los conceptos centrales que articulan el problema político, los cuales, a su vez, permitirán determinar los nudos que tensionaron la formulación de esta política pública.

1.1. El enfoque tutelar: NNA como objeto de protección.

El enfoque tutelar establece que cuando las familias fallan, el Estado debe intervenir ejerciendo funciones tutelares y parentales (Farías, 2003). Subyace a este paradigma una idea de moral familiar, que “comprende valores y sentimientos - socialmente construidos e históricamente modificables- respecto de la familia, de sus funciones y sus responsabilidades. [...] De estos sentimientos y valores se desprende una representación de ‘niño en riesgo’” (Grinberg, 2008), que es necesario salvar o corregir.

En este sentido, la Ley de Menores N°16.618 de 1967 es de claro enfoque tutelar, ya que centró las políticas sobre niñez en los menores con situación irregular que vivían en hogares con alcoholismo, miseria, vagancia o mendicidad. El Estado debía rehabilitar, reeducar y encauzar las conductas de los menores, explicitando esta política su “carácter protector-tutelar, al mismo tiempo que cientificista y rehabilitador” (Farías, 2003).

La definición de menores en situación irregular amplió la acción estatal tanto a menores moral o materialmente abandonados o en peligro de serlo, como a aquellos que hubieren delinquido, diseñando un único modelo institucional para dos

problemas distintos y no necesariamente interconectados (Farías, 2003), que se mantiene en cierta medida hasta la fecha.

1.2. El enfoque de derechos: NNA como sujeto de derechos

Como señala la autora Nuria Cunill, “la literatura especializada coincide en reconocer que los principios sobre los que se fundan las políticas públicas con enfoque de derechos, además de la universalidad, incluyen la exigibilidad, la participación social, la integralidad y la progresividad.” (Cunill-Grau, 2010).

La universalidad implica que la cobertura del derecho se define para toda la población, relevando la igualdad y la no discriminación en el ejercicio de un derecho. La exigibilidad, por su parte, demanda la existencia de reales obligaciones sobre los responsables de la concreción de los derechos ante la ciudadanía, pudiendo ésta exigirlos. Vinculada a este último principio, la participación social se define como la participación activa e informada de los sujetos de derecho en el diseño, implementación y evaluación de una política pública. La integralidad consiste en la interdependencia de los derechos para la contribución de su disfrute holístico. Finalmente, la progresividad mandata un progreso gradual, aunque expedito y eficaz, para alcanzar el cumplimiento pleno de los derechos (Cunill-Grau, 2010).

En materia de niñez y adolescencia, la CIDN provocó la ruptura con los enfoques tutelares de las legislaciones existentes en la región de América Latina y el Caribe (García, 2007), al instaurar el paradigma de derechos que sentó las bases de la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño para comprender e interactuar con la realidad de la niñez y la adolescencia (Tello, 2003). Los principales cambios fueron (i) el reconocimiento de NNA como sujetos de derechos y no objetos de protección; (ii) los derechos de protección, cuidado y asistencia especial debidos por los padres, la sociedad y el Estado; (iii) el reconocimiento de la responsabilidad primordial de la familia en la crianza y desarrollo del NNA; y (iv) la primacía del interés superior del NNA en las medidas que se adopten respecto de aquel (Tello, 2003).

La CIDN consagró cuatro principios fundamentales: (i) el derecho de NNA a ser protegidos contra toda forma de discriminación, (ii) el interés superior del NNA, (iii) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y (iv) el derecho a formarse un juicio propio, expresar libremente su opinión y ser escuchando.

Mediante esta configuración, se deconstruye la figura de NNA como menor adulto (Cillero, 1999), otorgándole autonomía progresiva mediante el rol orientador y direccional de los adultos para el ejercicio de sus derechos (Alegre et al., 2014).

A su vez, se asienta el rol del Estado como actor garante de los derechos de la niñez y la adolescencia, mediante una provisión universal y exigible (Bustelo, 2005).

1.3. Los nudos políticos de los enfoques en disputa y su impacto en la participación

El cuadro del estudio elaborado por Save the Children, sintetiza las principales diferencias entre los enfoques disputados respecto a la niñez y la adolescencia, tensión que también se reprodujo en la discusión de la Ley N°19.968, que Creó los Tribunales de Familia en Chile. Observadas las categorías diferenciadoras, fue posible agruparlas en dos nudos comunes, identificados en las filas anaranjadas de la siguiente tabla, que se adicionan en este estudio.

Tabla 1: Nudos políticos entre el enfoque tutelar y el enfoque de derechos

Enfoque tutelar	Enfoque de derecho
Concepción de niño, niña y adolescente y su relación con la familia	
Justificado en necesidades.	Justificado en derechos.
El objeto es la satisfacción de las necesidades, independiente del sujeto.	El sujeto se empodera en función de exigir sus derechos.
Carácter voluntario.	Carácter obligatorio.
Tratar fundamentalmente los síntomas.	Tratar fundamentalmente las causas.
Dispone de un enfoque específico de trabajo focalizado en ciertos tipos de la población.	Dispone de un enfoque de trabajo integral.
Niños y niñas no aportan al proceso de decisión de servicios para satisfacer sus necesidades. Solo pueden participar si aquello mejora la prestación del servicio.	Niños y niñas son participantes activos por derecho.
No todos los niños son beneficiarios de las prestaciones de servicios. Tendencia a la focalización y exclusión.	Todos los niños y niñas forman parte del logro de metas globales.

Ciertos grupos de profesionales y técnicos tienen la especialización para satisfacer las necesidades de los niños.	Todos los adultos, niños y adolescentes pueden desempeñar un rol en el logro o aplicación de los derechos de la población infantil y adolescente.
Las necesidades varían según la situación, el individuo y el entorno.	Los derechos son universales.
Rol del Estado	
Centrado en la caridad privada.	Centrado en la responsabilidad pública, política, moral y legal.
Se centra en la provisión de servicios.	Se centra en la responsabilización de los derechos en todos los grupos humanos (decididores, adultos, padres y niños).
Establece jerarquía en la satisfacción de las necesidades.	Los derechos son indivisibles e interdependientes.
Desarrolla perspectivas de tiempo de corto plazo y metas parciales.	Desarrolla perspectivas de tiempo de largo plazo y define metas totales.
La determinación de las necesidades es subjetiva.	Los derechos son estándares universales y objetivados.
Los gobiernos deben responsabilizarse, pero no tienen obligaciones definidas.	Los gobiernos tienen obligaciones morales y legales en todos sus niveles.
Instituciones con metas propias. No existe un propósito global unificado.	Todos los niños y niñas tienen los mismos derechos a desarrollar su potencial a plenitud.

Fuente: Elaboración propia en base a Save The Childre, 2002.

De esta forma, tanto la concepción de NNA y su relación con la familia (como sujeto/ de protección familiar inicialmente o sujeto de derechos con reconocimiento de autonomía progresiva), como el rol del Estado (ente tutelar o garante de derechos), constituyen los nudos disputados por los diversos actores en la discusión de la Ley N°19.968, que permearon su diseño, coexistiendo en aquella política pública tintes de ambos, pero primando finalmente el enfoque tutelar.

Para los efectos de esta investigación, interesa destacar que lo que se entiende por participación de NNA varía sustancialmente según el enfoque de niñez y adolescencia que se adopte:

Tabla 2: Significado de participación en cada enfoque

Enfoque Tutelar	Enfoque de Derechos
Niños y niñas no aportan al proceso de decisión. Solo pueden participar si aquello mejora la prestación del servicio.	Niños y niñas son participantes activos por derecho.

Fuente: Elaboración propia en base a Save The Childre, 2002.

El enfoque tutelar se basa en una concepción de exclusión de la voz del sujeto protegido (Oyarzún et al., 2008, p. 40), donde NNA, como incapaces, no tienen nada que decir ni aportar al proceso de toma de decisión, bastando, para ello, la constatación de sus necesidades. Eventualmente la participación de NNA podría tener como única finalidad mejorar el servicio que se presta, pero nunca es considerada un fin en sí misma (Beloff, 2004, pp. 25 y 36).

Por otro lado, el enfoque de derechos concibe la participación de NNA en los asuntos que afectan su vida como una meta en sí misma, debiendo ejercerla simplemente por ser sujetos titulares de derecho. La participación es, por tanto, un requisito esencial de un proceso de decisión o diseño de una acción, programa o política pública (Beloff, 2004, p. 36; Save the Children, 2002, p.15; Saracostti et al., 2015, p. 222).

En cuanto a los actores, el principal actor impulsor de las reformas de políticas públicas sobre niñez y adolescencia hacia enfoques de derechos en la región fue UNICEF, dependiente de la ONU, tras la aprobación de la CIDN en 1989.

En Chile, finalizada la dictadura, el gobierno de Patricio Aylwin inició una política de revisión del Estado, que comprendía un área de administración de justicia y derecho de familia. Por ello, tras la ratificación de la CIDN en 1990, se creó, en 1992, la Comisión Nacional de la Familia (CNF), instancia asesora presidencial para la elaboración de un informe de diagnóstico sobre la realidad de las familias en Chile (Informe Final de la CNF, 1993). Su diseño estuvo a cargo del Servicio Nacional de la Mujer, liderado en ese momento por Soledad Alvear Valenzuela. La Comisión encargada diagnosticó la necesidad de cambios profundos en la institucionalidad y la regulación de la familia, la niñez y la adolescencia.

No fue sino hasta el año 1997, en el marco de una política de modernización del Estado del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, que se presentó, mediante

mensaje, el proyecto de ley que creó los Tribunales de Familia, liderado por el Ministerio de Justicia, a cargo de Soledad Alvear Valenzuela nuevamente.

Conforme el estudio de Aramburu (2017), la discusión parlamentaria de la Ley N°19.968 dejó en evidencia que, si bien se pretendía un avance hacia la CIDN, el discurso dominante de los legisladores se siguió enmarcando en el enfoque tutelar, con cierta retórica de derechos. En la mayoría de los discursos de los legisladores se evidencia una concepción del NNA como persona dependiente o incapaz, que demanda protección inicial de la familia, siendo ésta un factor originador de problemas que debe solucionar el Estado (Aramburu, 2017). Si bien se utilizan algunos conceptos del enfoque de derechos, como interés superior del niño, focalizan la regulación en los sectores problemáticos y más vulnerados, otorgando un carácter asistencial a las políticas públicas sobre la materia. Se suman a este enfoque actores como la Iglesia Católica, Centro de Estudios Públicos, Instituto de la Mujer y Hogar de Cristo.

Un sector minoritario de parlamentarios UDI, RN, designados e independientes abogó un enfoque liberal, priorizando los derechos de propiedad y la defensa de los valores familiares respecto a la niñez y la adolescencia (en el espacio de lo privado). Se suma a este enfoque Libertad y Desarrollo (Aramburu, 2017).

Solo en un nivel emergente, algunos parlamentarios PS, PDC, PP, ministros del Poder Ejecutivo, organizaciones civiles y Universidades coinciden con UNICEF en la defensa de un enfoque de derecho, lo cual finalmente no primó en la disputa legislativa (Aramburu, 2017).

En conclusión, la tensión de nudos entre los enfoques en la discusión de la Ley N°19.968 se resolvió con la preminencia del paradigma tutelar, dando lugar a una política pública que aborda la niñez y adolescencia con referencias terminológicas de enfoque de derechos -consagrando, por ejemplo, el interés superior el niño, el derecho a ser oído, la participación como principios del procedimiento (artículo 16) y regulando la representación judicial de NNA (artículo 19)- pero sustantivamente tutelar, no logrando instalar un sistema integral con enfoque de derechos, cuestión que observa constantemente UNICEF hasta el día de hoy: “[...] estas leyes no entregan una protección integral a la infancia y adolescencia de hecho, aún está vigente la Ley de Menores (de 1967) que no está en sintonía con los estándares establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño. Chile es el único país en Latino América que no cuenta con un ordenamiento legal que proteja integralmente a la niñez y adolescencia.” (UNICEF, 2020).

Finalmente, ante este escenario, el año 2015 el gobierno de Michelle Bachelet presentó el proyecto de ley que crea el “Sistema de Garantías de los derechos de la niñez”, el cual declara proponer una política pública para la garantía integral de los derechos de la niñez y la adolescencia con enfoque de derechos. Actualmente el proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional (Boletín 10315-18), a la espera de ser informado por la Comisión de Hacienda, tras ser aprobado por la Comisión de niñez y adolescencia de la cámara alta (Senado, 2020). La demora en su tramitación se ha debido justamente a la disputa entre los mismos nudos políticos evidenciados anteriormente, ya que los gobiernos de Sebastián Piñera, de corriente más conservadora y tutelar, lo reactivaron recientemente el año 2018, agregando una serie de indicaciones que, a juicios de otros actores, refuerzan el enfoque tutelar en la política, lo cual es resistido y disputado por la oposición y actores de la sociedad civil como la Asociación de Magistrados/as, UNICEF, Defensoría de la Niñez, Fundación América Solidaria, Colegio de Profesores, coordinaciones de estudiantes secundarios, entre otros (Boletín 10315-18).

Esta actual disputa legislativa torna patente que en Chile se abrió la ventana de oportunidad respecto a esta materia, encontrándose cada vez más cercana la posibilidad de contar por primera vez con un marco de política pública integral para la niñez y la adolescencia, que traerá aparejado, ciertamente, el desafío de implementarlo para hacerlo realidad.

2. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO SOBRE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Los sistemas de garantías y protección para niños, niñas y adolescentes en los diversos países se componen de una regulación e institucionalidad amplia y heterogénea, abordando diversas perspectivas de las políticas públicas que tienen por objeto la niñez y la adolescencia (Estrada, 2018).

Una arista común entre países es la consagración de derechos de NNA y la regulación de un proceso proteccional, judicial, administrativo o mixto, según cada diseño institucional, que se activa específicamente ante el requerimiento o denuncia por una amenaza o vulneración efectiva en los derechos de algún NNA.

Frente a este escenario, hoy con el telón de fondo de la CIDN ratificada por Chile en 1990, el sistema chileno dispone un proceso judicial de carácter especial y tutelar, que tiene por finalidad adoptar las medidas de protección establecidas en la ley para resguardar y/o restituir los derechos amenazados o vulnerados de niños, niñas y adolescentes, evitando su cronificación (Bustos, 2019).

2.1. Normativa

La actual regulación chilena del sistema judicial proteccional de niñez y adolescencia emanó y se inspiró en el mandato internacional de la Convención de los Derechos del Niño, siendo esencial para su formulación y aplicación en los casos concretos las interpretaciones y complementaciones que realiza el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas mediante sus Observaciones Generales.

Respecto a esta relación escalonada entre la normativa internacional y nacional, cabe señalar que, si bien la Constitución Política de la República de Chile (CPR) no establece la jerarquía de los tratados internacionales, la jerarquía normativa de la regulación internacional se ha determinado mediante la interpretación que los órganos del Estado, especialmente los Tribunales de Justicia, han realizado del artículo 5 inciso 2° de la CPR, el cual dispone que:

El ejercicio de la soberanía¹ reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de

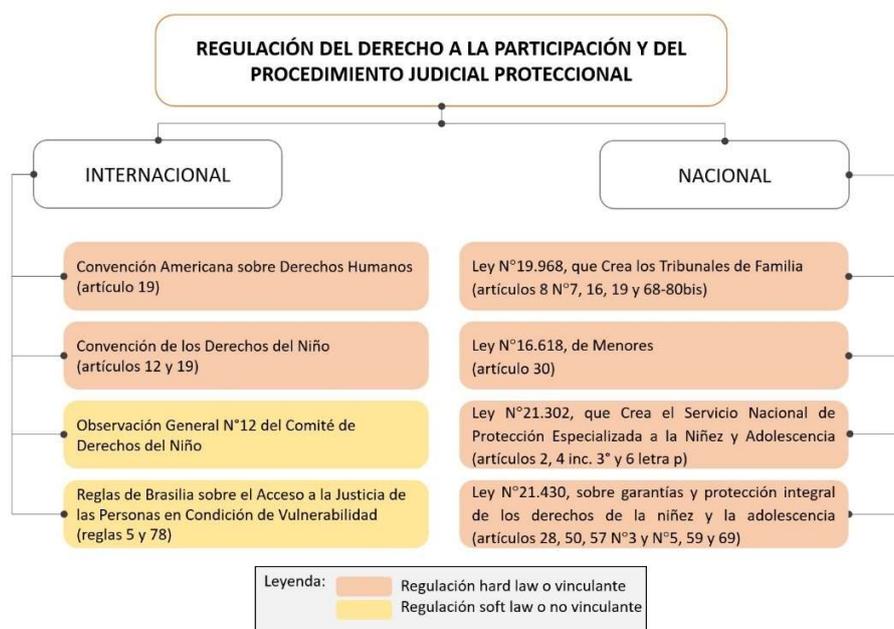
¹ Como poder autónomo de la Nación según la Real Academia Española.

los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La interpretación jurisprudencia nacional ha ido integrando al ordenamiento interno las normas y principios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconociendo en este último tiempo –desde el año 2005 aproximadamente a la fecha– jerarquía supralegal e incluso constitucional a los tratados de derechos humanos (Henríquez, 2008).

El siguiente diagrama ilustra la regulación internacional y nacional chilena que aborda el derecho a la participación de NNA y el procedimiento para la aplicación de medidas de protección.

Diagrama 1: Regulación del derecho a la participación de NNA y del proceso judicial proteccional



Fuente: Elaboración propia.

En los siguientes apartados serán abordadas cada una de estas regulaciones en particular.

2.1.1. Regulación internacional

Sobre niñez y adolescencia existe un cuerpo normativo internacional bastante amplio, que abarca desde derechos generales hasta vulneraciones o delitos particulares contra NNA, como la trata de niños, el trabajo infantil, los conflictos armados, entre otros².

En Latinoamérica, el tratado internacional básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, llamada también “Pacto de San José de Costa Rica”, que asegura de manera genérica el derecho de los niños a la protección en el artículo 19:

Artículo 19.- Derechos del Niño.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Por otro lado, la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CIDN) fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Chile el 26 de enero de 1990 bajo el Gobierno del expresidente Patricio Aylwin Azócar.

El artículo 19 de la CIDN dispone expresamente el deber de los Estado Partes a adoptar todas las medidas necesarias para la construcción de un sistema de protección, asistencia y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes:

Artículo 19.-

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

A su vez, debe considerarse como *soft law* –a saber, técnica legislativa que ha permitido la creación de directrices no vinculantes a seguir por los Estados mediante

² Ver compilado de Convenios Internacionales sobre Protección a la Infancia en: https://www.bcn.cl/leychile/consulta/listado_n_sel?comp=&agr=2&grupo_aporte=&sub=1171 [Consultado: 3 de mayo de 2021].

la jurisprudencia y documentos extralegales– las «Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad» suscritas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

La Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentas y Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o la Magistratura es una instancia internacional de cooperación e intercambio de experiencias que une a los poderes judiciales de veintitrés países de Iberoamérica –entre los que se encuentra Chile– con el propósito de definir y desarrollar acciones comunes para el mejoramiento de la administración de la justicia

En la cumbre número XIV, celebrada el año 2008 en Brasilia, los presidentes de los Poderes Judiciales de Iberoamérica aprobaron las Reglas de Brasilia con el objetivo de garantizar el efectivo acceso a la justicia de aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por sinsustancias sociales, económicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia sus derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Dichas Reglas desarrollan que para el efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, los funcionarios y operadores del sistema de justicia promoverán las condiciones necesarias para brindar asistencia legal de calidad, especializada y gratuita y defensa pública, ágil y prioritaria; derecho a un intérprete; promoción de la oralidad y el uso de formularios accesibles; actuación interdisciplinaria; prestar información antes, durante y después del juicio para la comprensión de los actos judiciales y de la sentencia; redactar las resoluciones en un lenguaje claro y sencillo; accesibilidad a las instalaciones judiciales; y la reserva en las actuaciones para la protección de la intimidad e imagen de las personas.

La Regla de Brasilia N°5 reconoce a la niña, niño y adolescente como una persona en condición de vulnerabilidad que debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Asimismo, la Regla de Brasilia 78 recomienda que en los actos judiciales en los que participen NNA se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral. A su vez, las actuaciones en que se encuentre presente un NNA se deberán celebrar en una sala adecuada; se facilitará la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo y se evitarán todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

Sin bien este conjunto de recomendaciones no poseen fuerza obligatoria legal, refuerzan el compromiso de Chile para mejorar el ejercicio y la concreción del derecho a la participación de los NNA en las instancias judiciales que los afectan.

Volviendo la regulación internacional vinculante, en cuanto al derecho a la participación en particular, si bien este no se consagra en la CIDN mediante el uso del vocablo “participación”, existe amplio consenso en que tal derecho deriva de una construcción e interpretación armónica de su artículo 12 (Observación General N°12; Vargas et al., 2011 y Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2018), el cual trata explícitamente las garantías del derecho del niño a ser oído y la autonomía progresiva, que permitirían el cumplimiento del derecho a la participación en general. La disposición en comento prescribe lo siguiente:

Artículo 12.-

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En cuanto a qué comprende el derecho a la participación, la Observación General N°12 del Comité de Derechos del Niño, publicada el año 2009, expone que el artículo 12 de la CIDN establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño, indicando que especialmente esta garantía debe ser asegurada en los sistemas judiciales de los Estados Partes.

Agrega que la disposición reconoce a NNA como sujetos de derechos justamente poniendo de manifiesto que aquellos tienen derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente los derechos derivados de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia respecto de los adultos (provisión).

Manifiesta que el ejercicio del derecho a la participación es un elemento fundamental de todos los procesos que afectan a NNA, especialmente los judiciales. Razón por la cual el concepto de participación pone de relieve que incluir a los NNA no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre NNA y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de su vida.

Señala que artículo 12 estipula que la participación en caso alguno puede reducirse a escuchar al NNA, sino que sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el NNA sea capaz de formarse un juicio propio, no determinando la edad misma la trascendencia de las opiniones, sino que sus

opiniones deben evaluarse caso a caso. Además, impone el deber de informar al NNA la decisión final junto a la consideración otorgada a sus opiniones en ella, siendo este mecanismo una garantía para el cumplimiento sustantivo del derecho, y no como una mera formalidad, abriendo, finalmente, la posibilidad de presentar algún recurso en contra de la decisión.

2.1.2. Regulación nacional

El siguiente apartado tiene por finalidad exponer la regulación chilena vigente sobre el derecho a la participación y las medidas de protección por amenaza o efectiva vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Cabe tener presente que, a diferencia de la gran mayoría de los países de América Latina, Chile tardó en contar con una ley de protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia que recogiera el enfoque de derechos adoptado por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuestión que fue recomendada por el Comité de Derechos del Niño en su Informe de 2015 (CRC, 2015, párrafo 9) en reiteradas ocasiones.

En este sentido, desde el año 2015 se encontraba en tramitación legislativa el proyecto de ley que crea un sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia³. Este proyecto de ley fue de lento avance legislativamente debido a que suscitó importantes discusiones parlamentarias y con el gobierno de turno enmarcadas estructuralmente en la tensión existente entre el enfoque tutelar y el enfoque de derechos expuesta en el primer capítulo.

Recientemente, con fecha 15 de marzo de 2022 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°21.430, que constituye la primera ley marco chilena sobre un sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia que adopta declarativamente un enfoque de derechos⁴.

El derecho a la participación y el procedimiento para la aplicación de medidas de protección chileno se encuentran actualmente configurados en cuatro leyes:

- Ley N°19.968, que Crea los Tribunales de Familia (en adelante, LTF);
- Ley N°16.618, de Menores (en adelante, LM);
- Ley N°21.302, que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (en adelante, LSNPE).

³ Boletín Legislativo N°10.315-18 de la Cámara de Diputados: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10729&prmBOLETIN=10315-18>

⁴ El artículo 6 de la Ley N°21.430 consagra a NNA como sujetos de derecho.

- Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia (en adelante, LGPIDNA).

Observar el panorama legal vigente es especialmente necesario hoy, ya que, la reciente publicación de la Ley N°21.430 trae aparejado el desafío de transitar hacia un sistema donde las decisiones proteccionales por vulneración de derechos no sean monopolio de los Tribunales de Familia, entregando la competencia para decidir la aplicación de ciertas medidas de protección a nuevos órganos administrativos denominados Oficinas Locales de la Niñez.

Por ello, en los siguientes apartados se expondrá con más detalle la normativa vigente del derecho a la participación de NNA en los procesos sobre aplicación de medidas de protección, centrada especialmente en los procesos judiciales.

a. Ley N°19.968 del año 2004, que crea los Tribunales de Familia (LTF).

Si bien la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, no menciona el derecho a la participación propiamente tal, consagra el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído como un principio rector que se debe tener presente en la resolución de un asunto. El concepto “derecho del niño a ser oído” constituye la formulación conceptual clásica utilizada por los ordenamientos jurídicos para referirse al derecho a la participación individual de los NNA en los procesos que afectan sus vidas.

A este respecto, el artículo 16 de la LTF, mediante la consagración del interés superior del NNA como principio rector en la resolución de los asuntos de niñez y adolescencia sometidos a decisión judicial, dispone como otro principio guía el derecho del niño a ser oído, del siguiente modo:

Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.

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

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

Si bien el NNA tiene derecho a ser oído, el artículo 19 consagra el derecho a la representación judicial como modalidad de participación indirecta. Para ello, faculta al juez a designarle al NNA un curador ad litem en los casos en que aquellos carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, se estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación:

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 reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

(...)

La observancia del derecho a ser oído y la autonomía progresiva, por su parte, se reflejan especialmente en la regulación del procedimiento de aplicación de medidas de protección:

Artículo 69.- Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez.

La autonomía progresiva implica que, de acuerdo a la evolución de sus facultades, NNA van adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos a medida que se van desarrollando como personas. No se establece una edad fija a partir de la cual los menores pueden ejercer sus derechos, sino que se evalúa particularmente el desarrollo del niño para ejercitarlos. Este desarrollo está estrechamente relacionado con los procesos de maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre como dichos derechos pueden materializarse mejor (Gómez de la Torre, 2018, p. 119).

Ahora bien, en cuanto a las medidas de protección, el artículo 8 N°7 de la LTF establece que los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección son una de las competencias de los nuevos tribunales especiales de familia.

Artículo 8.- Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;

(...)

Las medidas de protección, como herramientas del proceso, son definidas como el conjunto de acciones estatales dirigidas a la prevención y al resguardo de derechos de NNA ante graves vulneraciones de derechos, inminentes o ya presentes, ordenadas por resolución judicial luego de un competente diagnóstico y ejecutadas por la administración directamente o a través de los organismos colaboradores o coadyuvantes del Estado (Estrada, 2018).

Finalmente, la LTF, en su Título IV, regula expresamente el procedimiento especial para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, entre los artículos 68 y 80 bis.

Resulta pertinente destacar que en la regulación de este procedimiento especial se observa un mayor desarrollo del derecho a la participación de NNA en comparación con los demás procedimientos, ya que se explicita el deber del juez de tener en cuenta las opiniones del NNA mediante su comparecencia, considerando su edad y madurez (artículo 69) y el derecho a audiencia con el juez por parte de NNA a quienes les esté afectando una medida proteccional (artículo 79).

Artículo 69.- Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez.

Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y síquica.

Artículo 79.- Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente.

Artículo 80.- (...) de oficio, (...) de uno o de ambos padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado o del director del establecimiento o responsable del programa en que se cumple la medida.

b. Ley N°16.618 del año 1967, de Menores (LM).

El artículo 30 de la LM establece una lista no taxativa, pero sí acotada, de las medidas de protección que pueden decretar los Tribunales de Familia, clasificándolas en programas o acciones ambulatorias y en ingreso a centros, residencias u hogares sustitutos. Respecto a estas últimas, comúnmente llamadas medidas de cuidado alternativo, regula de manera particular sus características: deben ser de última ratio, temporales, sustituibles y revisadas periódicamente.

Artículo 30.

En los casos previstos en el artículo 8°, números 7) y 11)⁵, de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo.

Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto.

⁵ Artículo 8° LTF. "Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;

11) Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la ley N°16.618;".

c. Ley N°21.302 del año 2021, que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la niñez y adolescencia (LSNPE).

Este nuevo marco legal vigente crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, que sustituye al ex Servicio Nacional de Menores.

El objeto de este nuevo servicio es garantizar la protección especializada de niños, niñas y adolescentes gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, entendida como el diagnóstico especializado, la restitución de los derechos, la reparación del daño producido y la prevención de nuevas vulneraciones; mediante el aseguramiento de la provisión y ejecución de programas especializados para abordar casos de mediana y alta complejidad (artículo 2).

Constituye un avance legislativo su referencia explícita al enfoque de derechos en el cumplimiento de la labor del Servicio:

Artículo 2, inciso final. - En el desarrollo de su objeto, el Servicio ejercerá sus funciones con un enfoque de derechos de manera concordante con la dignidad humana del niño, niña o adolescente y siempre orientado al ámbito familiar y sistémico, entendiendo al niño, niña o adolescente en el contexto de su entorno, cualquiera que sea el tipo de familia en que se desenvuelva.

Aquello se reafirma en la consagración de la concepción de “NNA sujeto de derecho” como principio rector esencial del Servicio:

Artículo 4.- Principios rectores. Es principio rector esencial del Servicio, sea que ejerza su función directamente o por medio de terceros, la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y de especial protección. Todo niño, niña o adolescente, personalmente, es titular de todos los derechos que se reconocen a cualquier ser humano y, adicionalmente, de los derechos especiales o reforzados que les corresponda de acuerdo a su especial etapa de desarrollo, reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, en la ley que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia y demás normas en materia de infancia y adolescencia.

En razón de lo señalado en el inciso precedente, es deber y responsabilidad indelegable del Servicio adoptar y reforzar todas las medidas necesarias para el pleno respeto de sus derechos, la efectividad de los mismos y la prioridad de los niños, niñas y adolescentes en la formulación y ejecución de las políticas públicas, en el acceso a las prestaciones de protección especializada y a los servicios sociales requeridos para la plena y oportuna restitución de los derechos que les son vulnerados.

(...)

De tal principio esencial se desprenden los demás principios rectores, entre los cuales se menciona –por primera vez en la legislación chilena de niñez y adolescencia– el derecho a la participación:

Artículo 4, inciso tercero.- Son también principios rectores de la acción del Servicio, sea que ejerza su función directamente o por medio de terceros, el interés superior del niño, niña o adolescente, la igualdad y no discriminación arbitraria, la autonomía progresiva, la perspectiva de género, la inclusión, la protección social y la participación efectiva que se manifestará, entre otras formas, a través del derecho a ser oídos, la libertad de expresión e información, y el derecho de reunión y asociación.

Finalmente, se instala como una función del Servicio la generación de procedimientos para recabar la opinión de NNA en tanto sujetos de atención del Servicio, de sus familias o de quienes los tengan legalmente a su cuidado, resguardando justamente las dos manifestaciones clásicas del derecho a la participación: el derecho a ser oído y la autonomía progresiva (artículo 6, letra p).

Artículo 6.- Funciones del Servicio. Corresponderán al Servicio las siguientes funciones:

p) Generar procedimientos idóneos, formales y permanentes destinados a recabar periódicamente la opinión de los niños, niñas y adolescentes sujetos de atención del Servicio y de sus familias, o de quienes los tengan legalmente a su cuidado, los que deberán ajustarse a las particularidades propias de las etapas de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, ser inclusivos y respetar los derechos que les asisten, en especial su derecho a ser oído y su autonomía progresiva, además de ser accesibles para toda familia.

La participación colectiva de niños, niñas y adolescentes y de sus familias se asegurará mediante la constitución e instalación de instancias de asociatividad de carácter local, regional y nacional, de funcionamiento regular, que les permitan impetrar por la resolución de sus inquietudes, la satisfacción de sus necesidades, la mejor ejecución de los servicios y el respeto de sus derechos en tales procesos.

Se generarán, además, mecanismos y procedimientos para que los niños, niñas y adolescentes, o personas de su confianza, puedan formular denuncias y reclamaciones de un modo protegido, automático y directo ante las autoridades nacionales y regionales del Servicio, por actos u omisiones del Servicio o sus colaboradores, que consideren vulneratorios de sus derechos. Esas autoridades estarán obligadas a proceder conforme a lo que en derecho corresponda, de conformidad con la naturaleza y gravedad de las denuncias o reclamaciones, y a llevar un registro completo de ellas, de la respuesta dada al reclamante y de la resolución habida en el caso.

Los mecanismos y procedimientos de participación y de exigibilidad de derechos a que se refiere esta disposición deberán ser debidamente informados y promovidos entre los sujetos de atención del Servicio y sus familias, regulándose por medio de un reglamento que dictará el Ministerio de Desarrollo Social y Familia antes de la entrada en vigencia de la presente ley.

d. Ley N°21.430 del año 2022, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia (LGPIDNA)

Dado que la Ley N°21.430 fue recientemente publicada el 15 de marzo de 2022, resulta interesante, primero, exponer sus antecedentes legislativos y, luego, su contenido de la ley sobre el nuevo sistema que protección y sobre el derecho a la participación de NNA en los procedimientos administrativos o judiciales sobre aplicación de medidas de protección.

○ Antecedentes legislativos

Con fecha 24 de septiembre de 2015, bajo el segundo gobierno de la ex Presidenta Michelle Bachelet, ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley denominado “Sistema de Garantías de los derechos de la niñez” (Boletín N° 10.315-18⁶), motivado por las obligaciones internacionales y los desafíos contraídos tras la ratificación por Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990 y la consecuente necesidad de una adecuación normativa a esta, en especial, respecto a la centralidad de la familia y el establecimiento de principios rectores tales como el enfoque de derechos, la protección integral de la niñez, la protección efectiva del ejercicio de los derechos y la integración de la protección.

Tras aproximadamente siete años de tramitación, con fecha 15 de marzo de 2022 se publicó la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia.

La tramitación del proyecto fue especialmente demorosa debido a la disputa legislativa entre los enfoques sobre la niñez y la adolescencia que defendían los distintos sectores políticos del congreso y el gobierno de turno, en el sentido constatado en el primer capítulo de este estudio.

Muestra del debate durante la tramitación, es que, con la llegada del segundo gobierno del presidente Sebastián Piñera el proyecto se reactivó agregando el ejecutivo una serie de indicaciones que fueron resistidas por la oposición y diversos actores de la sociedad civil por considerarlas pertenecientes a un enfoque tutelar que se pretendía superar (Estrada, 2018).

⁶ Ver Boletín N° 10.315-18 de la página del Senado en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10315-18

Ver Boletín N° 10.315-18 de la página de la Cámara de Diputadas y Diputados en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10729&prmBoletin=10315-18>

Otra evidencia de la disputa son las múltiples adiciones o enmiendas al texto que realizaron tanto la Cámara de Diputados como el Senado en todas las fases legislativas del proyecto, aletargando su avance.

Finalmente, en la última fase legislativa el proyecto fue objeto de un intenso veto presidencial, el cual dio paso a una controversia judicial ante el Tribunal Constitucional tras la resolución de inadmisibilidad de las observaciones presidenciales que había decretado el Congreso Nacional y que el Tribunal Constitucional declaró improcedente⁷.

Tras concluir el debate legislativo, se publicó en Chile la primera ley marco de garantías y protección de la niñez y la adolescencia.

- Contenido de la Ley N°21.430: nuevo sistema mixto de protección y rediseño del derecho a la participación y el derecho a ser oído

En primer lugar, en la siguiente ilustración se observa un diagrama del nuevo sistema de garantía y protección de derechos que establece la Ley N°21.430, con énfasis en el ámbito de acción denominado “Protección de Derechos” y su diseño mixto.

Diagrama 2: Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia de la Ley N°21.430



Fuente: Elaboración propia en base a la Ley N°21.430

⁷ Véase en la página del Tribunal Constitucional: TC declara inconstitucional declaraciones de inadmisibilidad aprobadas por ambas ramas del Congreso Nacional que recaen en observaciones del Presidente de la República formuladas al Proyecto de Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. En línea: <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/10/21/tc-declara-inconstitucional-declaraciones-de-inadmisibilidad-aprobadas-por-ambas-ramas-del-congreso-nacional-que-recaen-en-observaciones-del-presidente-de-la-republica-formuladas-al-proyecto-de-ley-so/> [Consulta: 15 de noviembre 2021].

El artículo 57 de la ley establece el “Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia”, que define como aquel que realiza sus funciones a partir de una serie de acciones destinadas al respeto, protección y cumplimiento de todos los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes establecidos en la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en aquella propia ley y en otras normativas jurídicas nacionales en materia de niñez, a través de los cuales se asegura su goce efectivo y se desarrolla un mecanismo de exigibilidad de ellos.

El nuevo sistema contempla 3 ámbitos de acción: la “Promoción y defensa de derechos”, el “Seguimiento y acompañamiento” y la “Protección de derechos” (art. 57, N°2). Dentro de este último, establece el sub-ámbito de “Protección especial” (art. 57 N°3).

En cuanto al ámbito general de “Protección de derechos”, dispone que aquel lo componen las acciones para preservar o restituir el ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes, cuando se hayan detectado amenazas o vulneraciones, ya sea limitando o privando su ejercicio, por acción u omisión del Estado, la sociedad, las familias, los cuidadores o por sí mismos. Su objeto es impedir la situación, reparar las consecuencias y evitar una nueva ocurrencia (art. 57, N°2, letra b).

Por su lado, indica que el sub-ámbito de “Protección especial” está destinado a niños, niñas y adolescentes que necesitan de servicios y prestaciones que provean una atención diferenciada y especializada, incorporando acciones de reparación psicosocial y restitución de derechos, cuando éstos se han vistos amenazados o vulnerados. Institucionalmente prescribe que el nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (continuador legal del ex Servicio Nacional de Menores creado mediante la Ley N° 21.302, previamente referida) proveerá las prestaciones necesarias en el sub-ámbito de “Protección Especial” de manera directa, o por intermedio de instituciones privadas sin fines de lucro, acreditadas por la Subsecretaría de la Niñez para el cumplimiento de esta función pública y fiscalizadas por ésta (art. 57 N°3). La ley refuerza la existencia de la protección especial mediante la consagración del derecho a la protección reforzada y especializada de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos (artículo 51).

Al referirse tanto el ámbito general de “Protección de derechos” como al sub-ámbito de “Protección especial”, la ley establece el innovador carácter mixto del nuevo sistema, consistente en que las medidas de protección que se dispongan por resolución fundada pueden ser decretadas por autoridad competente administrativa o judicial. De esta forma, la Ley N°21.430 modifica el actual modelo en que los

Tribunales de Familia poseían la competencia exclusiva para la dictación de medidas de protección, consagrando un sistema mixto en que el decreto de medidas de protección puede ser emitido tanto por entidades administrativa como judiciales, según las competencias que otorga la misma ley. Es decir, crea la Protección Administrativa y la Protección Judicial.

Con la finalidad de darle organicidad al sistema mixto creado, el artículo 57 N°4 define el procedimiento de la protección de derechos en general, señalando que la protección de derechos siempre es iniciada, en el ámbito local, por las Oficinas Locales de la Niñez en el entorno vital del niño, niña y adolescente y ejecutada por los diferentes medios de acción dispuestos por la ley. Previene que el procedimiento se desarrolla como una instancia de colaboración, conciliación y de apoyo a la función cuidadora de las familias, en resguardo del interés superior del niño, niña o adolescente, y se ejecuta mediante la dictación de medidas de protección, las cuales pueden ser de carácter administrativo o judicial, según las competencias fijadas.

Establece, por tanto, para la Protección Administrativa, una nueva institucionalidad: las Oficinas Locales de la Niñez. Estas son órganos administrativos establecidos en comunas o agrupación de comunas, encargados de la protección administrativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a través de la promoción de éstos, la prevención de vulneraciones y la protección de sus derechos, tanto de carácter universal como especializada, mediante acciones de carácter administrativo. Su coordinación y supervisión corresponderá al Ministerio de Desarrollo Social y Familia, a través de la Subsecretaría de la Niñez. La regla de competencia para determinar qué Oficina Local de la Niñez debe conocer un caso es el lugar del domicilio del niño, niña y adolescente o, en su defecto, de su familia de origen o de la persona que lo tenga a su cuidado (artículo 65).

Por su parte, la Protección Judicial se define como la protección específica de carácter especializado que corresponde disponer a los Tribunales de Justicia ante casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos fundamentales, con el objeto de restituir el ejercicio de sus derechos y reparar las consecuencias de las vulneraciones. Se realiza mediante el ejercicio de la función jurisdiccional especializada, establecida en la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, y conforme a un debido proceso legal y a los demás derechos garantizados en la Constitución Política de la República y en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes. La adopción y el cumplimiento oportuno y eficiente de estas medidas de protección será de responsabilidad del Poder Judicial, el que ordena las medidas de protección judiciales (artículo 57, N°5).

Ahora bien, para determinar si la dictación de una medida de protección es competencia de la Oficina Local de la Niñez (sede administrativa) o del Tribunal de Familia (sede judicial), la ley incorpora un catálogo no taxativo de medidas de protección de carácter administrativas que deben aplicar las Oficinas Locales de la Niñez, por ejemplo, la derivación a uno o más programas ambulatorios de protección social, orientación y apoyo para el cuidado y crianza; instruir la matrícula o permanencia en establecimientos educacionales; derivar a programas de asistencia integral a la embarazada; instruir la activación de los beneficios de seguridad social, entre otros (artículo 68).

Respecto a las medidas de protección de competencia de los Tribunales de Familia, el mismo artículo referido dispone que son de su conocimiento las medidas que impliquen la limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción. Lo anterior, sin perjuicio de que el caso siempre seguirá siendo gestionado por la Oficina Local de la Niñez, pudiendo ésta adoptar respecto del mismo niño, niña o adolescente y/o su familia todas las medidas de protección administrativa que sean procedentes, ya que la protección judicial no es excluyente de la administrativa (artículo 57, N°5).

De los listados competenciales expuestos se puede concluir que el criterio utilizado por la ley para determinar el carácter administrativo o judicial de una medida de protección es la intensidad de la restricción de los derechos del niño, niña o adolescente que se discute en el caso particular: cuando para la protección de los derechos del niño, niña o adolescente se debe deliberar sobre una medida de protección que importa una limitación intensa o privación de sus derechos de relación o convivencia con su familia, el asunto es de competencia de los Tribunales de Familia; por el contrario, si la medida de protección discutida implica acciones de apoyo menos intensas o instrucciones para subsanar problemas administrativos que impactan negativamente en los derechos del NNA, el asunto es de competencia de las Oficinas Locales de la Niñez.

Si bien la ley distingue entre medidas de protección administrativas y judiciales, dispone el conjunto de reglas generales que deben cumplirse para la adopción y aplicación de toda medida de protección, ya sea administrativa o judicial (artículo 59), como también el estándar de legalidad del procedimiento que la sustente y de la resolución fundada que la decrete (artículo 69).

En cuanto al procedimiento de determinación de las medidas de protección, exige que se cumplan las garantías del debido proceso (artículo 59, letra a), con celebridad y especial diligencia, enfatizando que las medidas deben adoptarse solo una vez que se haya oído al niño, niña o adolescente a quien pudiere afectar, en el caso que corresponda, atendiendo a su desarrollo y madurez, y a sus padres, madres, representantes o personas que lo tengan bajo su cuidado (artículo 59, letra d).

Respecto a los requisitos de las medidas de protección propiamente tales, exige que cumplan el carácter de necesarias, proporcionales y temporales, de tal forma que se encuentren sujetas a revisión periódica para evaluar su revocación, sustitución o renovación.

Finalmente, establece que la medida de protección debe adoptarse en una resolución fundada, debidamente motivada, que cumpla los siguientes requisitos: identifique con claridad y precisión los hechos que configuran la amenaza o vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente, incluya la relación circunstanciada de los criterios utilizados para la determinación del interés superior del niño, niña o adolescente que justifica la aplicación de las medidas, explicita los derechos vulnerados y los objetivos que se pretende alcanzar con las medidas adoptadas y determine el tiempo de duración de ellas y el plazo para la revisión de su cumplimiento (artículo 69).

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos torna en ilegal la medida de protección (artículo 69, inciso final).

Por ello, para el caso de las medidas de protección administrativas decretadas por las Oficinas Locales de la Niñez, la ley dispone la Acción de reclamación por ilegalidad (artículo 74), que habilita a todo niño, niña o adolescente, o cualquier otra persona que haya intervenido en el procedimiento de protección administrativa, o a quien afecte la medida adoptada, para recurrir ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio de la recurrida, en contra de actos ilegales o arbitrarios de la Oficina Local de la Niñez ocurridos en el proceso de protección administrativa o en contra de la resolución que ordenó la medida de protección, por infracción de lo dispuesto en los artículos 67, 68, 69, 70 y 72, o vulnerando los derechos de los niños, niñas o adolescentes. El recurso deberá ser interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la ocurrencia del hecho ilegal o arbitrario, de la notificación de la adopción de la medida o desde que el afectado que no fue parte del proceso tome conocimiento de la medida adoptada. Todo esto, sin perjuicio del

derecho a recurrir de amparo o protección, si fuere procedente, de conformidad con la Constitución y la ley.

En el caso que la ilegalidad se verifique en un procedimiento judicial la ley no contempla la vía por la cual reclamarla, sino que deja pendiente la determinación e implementación del mecanismo judicial que podrá incoarse mediante el mandato de adecuación normativa de la Ley N°19.968 –que crea los Tribunales de Familia– a las exigencias de esta nueva ley, establecido en el artículo transitorio cuarto.

En segundo lugar, respecto al derecho a la participación y al derecho a ser oído que atañe a este trabajo, la ley innova en dos aspectos.

Primero, menciona y aborda por primera vez en la normativa de niñez y adolescencia el derecho a la participación. Y, en segundo lugar, consagra aquel derecho y el derecho a ser oído a nivel de prerrogativas subjetivas de los niños, niñas y adolescentes, superando el carácter de principios rectores que le otorgaba la Ley N°19.968 en su artículo 16.

La siguiente ilustración muestra las diferencias entre el derecho a ser oído (artículo 28) y el derecho a la participación (artículo 32) que distingue la nueva Ley N°21.430.

Diagrama 3: El derecho a la participación y el derecho a ser oído en la Ley N°21.430



Fuente: Elaboración propia en base a la Ley N°21.430

Si bien se podría pensar que el derecho a la participación podría contener el derecho a ser oído –ya que la participación se define como el derecho de todo niño, niña y adolescente a participar activamente en los asuntos que les conciernan o les afecten

(artículo 32) y en un proceso judicial o administrativo la participación se ejerce mediante la escucha u oída individual de niño, niña o adolescente (aunque también mediante su información e involucramiento en la decisión, en términos de participación significativa)–, la ley resolvió separar ambos derechos, insistiendo en la utilización del concepto “derecho a ser oído” que está instaurado en el léxico legal y la cultura jurídica chilena para referirse a la facultad de los niños, niñas o adolescentes de participar individualmente en los procedimientos judiciales de los Tribunales de Familia.

De esta forma, el artículo 32 estableció la participación social y efectiva de los niños, niñas y adolescentes en las políticas, proyectos, programas o decisiones que les afecten, como el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en la esfera social, pública y ciudadana; y, el artículo 28 estableció el derecho a la participación individual como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas de acuerdo con su edad, madurez y grado de desarrollo, en los procedimientos administrativos o judiciales en que se decidan cuestiones que afecten sus derechos o intereses.

Teniendo en cuenta este doble diseño legal del derecho a la participación, para observar el objeto de estudio de esta tesis en la Ley N°21.430 se debe analizar el derecho a ser oído configurado en el artículo 28.

El derecho a ser oído en la Ley N°21.430 se desarrolla de forma mucho más exhaustiva que en la normativa anterior (artículos 16 y 69 de la LTF), explicitando que consiste en que en los procedimientos administrativos y judiciales las opiniones de los NNA deben ser escuchadas y debidamente consideradas, estableciendo la participación directa (por sí mismo) e indirecta (por medio de la persona que se designe) como las dos modalidades en que el niño, niña o adolescente puede ser oído.

Reitera la facultad del/la juez/a para determinar si escuchar o no al niño, niña o adolescente y el nivel en que se considerará su opinión en la decisión del caso mediante su evaluación de factores como la edad, la madurez y el grado de desarrollo.

Dispone explícitamente que en el ejercicio del derecho a ser oído debe garantizarse la discreción y la seguridad del niño, niña o adolescente.

También obliga a los órganos del Estado a brindar los medios adecuados al NNA para promover su participación, poniendo especial énfasis en la adecuación de las necesidades lingüísticas y de la información entregada. En términos generales, les impone el deber de establecer mecanismos efectivos para garantizar este derecho en los procedimientos administrativos y judiciales.

Uno de los aspectos destacables de la nueva regulación del derecho a ser oído es la obligación de la autoridad administrativa o del/la juez/a, en los casos que se adopte una medida de protección que no se condice con la opinión del NNA, de dejar constancia fundada de la decisión y explicar aquella al niño, niña o adolescente de modo comprensible cuando

Otro aspecto innovador de la Ley 21.430 que impacta directamente en el ejercicio del derecho a ser oído en los procedimientos administrativos o judiciales sobre aplicación de medidas de protección es el derecho al debido proceso, la tutela judicial efectiva y la especialización que se consagra en el artículo 50.

Este derecho engloba todas las garantías procesales que debe cumplir un proceso justo y racional, ya sea en sede proteccional administrativa o judicial. En este sentido, la ley menciona expresamente el derecho de tutela judicial, el derecho a ser oído, el derecho a ser informado del procedimiento aplicable y de los derechos que le corresponden en el proceso, el derecho a presentar pruebas idóneas e independientes y el derecho a recurrir.

A su vez, la disposición desarrolla especialmente el derecho del niño, niña o adolescente a contar con representación jurídica y/o judicial especializada distinta de la de sus cuidadores cuando el primero tiene intereses incompatibles.

Cabe advertir que se mantiene de la normativa anterior (artículo 19 LTF) el requisito del interés incompatible –antes, independiente o contradictorio– del niño, niña o adolescente con el de sus representantes legales para que proceda la designación de curador ad litem.

Sin embargo, el párrafo siguiente refuerza el derecho a defensa jurídica letrada, especializada y autónoma de los niños, niñas o adolescentes cuando se trata justamente de procesos sobre aplicación de medidas de protección de sus derechos, obligando al Estado a proveer una oferta de programas que cumplan esta labor desde las primeras actuaciones del procedimiento administrativo o judicial.

Finalmente, el artículo 50 dispone la progresiva y efectiva especialización de todos los funcionarios que interactúen con niños, niñas o adolescentes en el marco de un proceso de protección de derechos, y, en particular, la formación continua y certificación periódica de jueces/zas especializados/as en la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

2.2. El procedimiento judicial sobre aplicación de medidas de protección

Si bien la Ley N°21.430 creó el nuevo Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, alterando parcialmente el procedimiento para la aplicación de medidas de protección, el sistema proteccional mixto no comenzará a regir hasta que se cuente con la institucionalidad, los reglamentos y el resto de las herramientas necesarias para su implementación, conforme disponen las disposiciones transitorias de la ley.

Por ello, a la fecha el único mecanismo vigente mediante el cual es posible decretar una medida de protección de derechos a favor de un NNA es a través del procedimiento judicial especial sobre aplicación de medidas de protección que establece la LTF.

Según el título IV, párrafo primero de la LTF vigente, para la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se debe llevar a cabo un procedimiento judicial especial, de carácter tutelar y urgente. Esta naturaleza del procedimiento proteccional de NNA constituye su mayor particularidad.

Con el objeto de exponer de manera íntegra el procedimiento proteccional, tanto desde su dimensión judicial como biopsicosocial, se confeccionó un diagrama que muestra el procedimiento judicial proteccional utilizando como base el diagrama judicial de la autora Andrea Bustos (2019, p. 27), integrado simultáneamente con la propuesta de etapas realizada por el autor Francisco Estrada (2018, p. 8). Este último, afirma que cada una de las etapas del procedimiento cumple una función en el proceso de toma de decisiones y requiere de un cierto nivel de información, configurando una cadena de acumulación de datos que tiene por objeto permitir al juez contar con la mayor y mejor calidad de evidencia al momento de decidir, ajustándose al proceso de toma de decisiones en la esfera de la intervención proteccional.

De esta forma, el diagrama de flujo propuesto del procedimiento judicial proteccional se ilustra a continuación:

Diagrama 4: Procedimiento judicial para la decisión sobre una medida proteccional



Fuente: Elaboración propia en base a la Ley N°19.968; Bustos, 2019 y Estrada, 2018

2.2.1. Inicio del procedimiento

El numeral 1 representa el inicio del procedimiento judicial proteccional, el cual tiene la característica de poder comenzar por acción popular, es decir, por cualquier persona, conforme dispone el artículo 70 de la LTF. De esta forma, el proceso inicia por un requerimiento (no demanda como suele denominarse en la mayoría de los procesos judiciales) que se puede interponer (1) de oficio por el Tribunal, cuando llega a su conocimiento una amenaza o vulneración de derechos de un NNA, abriéndose la causa proteccional correspondiente; o, (2) por una persona externa al Tribunal: el propio NNA, un profesionales del ámbito de la salud, de educación o municipal; los padres o quien tenga el cuidado del NNA; SENAME; Defensoría de la Niñez, una institución pública o privada, y, general, cualquier persona que tenga interés en ello (ejemplo: un vecino que evidencia amenaza o vulneración de derechos).

El requerimiento es desformalizado, no debiendo cumplir requisitos de forma, sino solo contener la información básica para contactar a los involucrados y evaluar si se evidencia una eventual amenaza o vulneración de derechos.

Quien inicia el procedimiento se transforma en el requirente, no siendo necesaria para su continuidad la persistencia de aquel en el proceso, toda vez que, una vez conocidos los hechos por el Tribunal, éste tiene el deber de continuar de oficio el procedimiento proteccional en pos del interés público involucrado.

Óptimamente, y así lo están practicando en su mayoría los Tribunales de Familia, en esta primera etapa debe designarse curador ad litem para el NNA, aunque legalmente no se encuentra regulada dicha oportunidad y la necesidad de la designación es decisión discrecional del tribunal.

2.2.2. Posibilidad de decretar medidas cautelares

El numeral 2 representa la facultad del Tribunal de decretar, en cualquier momento del procedimiento, incluso antes de su inicio, medidas cautelares, urgentes e inmediatas ante situaciones en que el daño a los derechos del NNA es inminente, lo cual denotan las flechas en ambas direcciones del diagrama. Las medidas cautelares se encuentran estipuladas, no taxativamente, en el artículo 71 de la LTF, disponiéndose el deber de fundamentarlas suficientemente y decretarlas por una duración máxima de 90 días, ya que la finalidad del proceso es que se dicte una medida de protección.

2.2.3. Audiencia preparatoria

El numeral 3 corresponde a la audiencia preparatoria, regulada en el artículo 72 de la LTF. Aquella debe ser citada por el Tribunal para el quinto día luego de ingresado el requerimiento, lo cual evidencia la premura de este procedimiento tutelar. Su objeto es reunir a todos los intervinientes y actores informantes relevantes del caso (Servicio Médico Legal, Programas de Diagnóstico Ambulatorio, entre otros) para exponer los hechos que deben ser probados y los medios de prueba existentes para ello.

Generalmente en esta etapa se lleva a cabo la audiencia reservada para escuchar al NNA, aunque, de todas formas, aquella puede concretarse en cualquier otro momento del proceso.

Esta audiencia especial reservada no se encuentra regulada ni mencionada en ninguna de las leyes sobre la materia, sin embargo, para hacer efectivo el derecho del niño a ser oído el juez de familia cita al NNA a audiencia o entrevista confidencial, sin los otros intervinientes del proceso. A la audiencia reservada asiste el juez, el consejero técnico y, en la mayoría de los casos, el curador ad litem. Si bien queda un registro de audio de lo actuado, las partes no tienen acceso a aquel, dado el carácter confidencial y de resguardo a la intimidad del NNA, sin perjuicio que lo expresado en dicha instancia deberá ser ponderado adecuadamente en la sentencia a que arribe el juez.

Tras el conocimiento de más antecedentes, la ley promueve explorar la posibilidad de terminar el proceso llegando a acuerdo. Incluso, si el juez considerare que con

los antecedentes aportados se ha formado una convicción sobre la medida que corresponde decretar en el caso, podrá dictar inmediatamente sentencia.

Tanto el numeral 2 como el 3 constituyen las etapas diagnósticas del procedimiento, ya que en ambas instancias se recopila información de calidad fundamental para el conocimiento del caso y la determinación por el/la juez/a de la medida de protección más idónea.

2.2.4. Audiencia de juicio

En el numeral 4 figura la audiencia de juicio, donde se rinde efectivamente la prueba ofrecida, con la reunión de todos los intervinientes, para finalmente escuchar la decisión del juez, que debe dictar sentencia oralmente al término de la instancia.

En algunas circunstancias la audiencia reservada del niño, niña o adolescente se verifica en esta audiencia.

2.2.5. Decisión sobre la medida de protección

La etapa del numeral 5 es el momento del procedimiento en que se adopta la decisión sobre la medida de protección. Esto puede verificarse en la audiencia de juicio o previamente en la audiencia preparatoria (como se señaló respecto al numeral 3). La decisión, al igual que todo el procedimiento, se dicta de forma verbal, siendo transcrita y puesta a disposición de los intervinientes algunos pocos días después en la plataforma digital donde consta el expediente judicial.

La sentencia que dicta el tribunal buscará restituir el derecho vulnerado o anular la amenaza, para lo cual el juez cuenta con oferta de programas especializados de protección de tipo ambulatorios o residenciales, que implementan planes de intervención individual específico a cada caso.

Se debe fundar la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicar los objetivos que se pretenden cumplir con la medida, y determinar su tiempo de duración, todo lo anterior acompañado de una justificación fundada en los antecedentes acompañados en el juicio. Las medidas que se puede adoptar son aquellas establecidas en el artículo 30 de la LTF, aunque su enumeración no es taxativa.

En este sentido, las medidas de protección presentan las siguientes características: (1) son temporales; (2) revisables ante el juez, toda vez que el tribunal o cualquier interviniente puede solicitar informes a los programas que se encuentran ejecutando la medida de protección, debiendo ser evacuados, por regla general, cada tres meses; y (3) renovables, sustituibles o anulables, mediante la ponderación de información y la opinión profesional del Consejero Técnico.

2.2.6. Cumplimiento y seguimiento

El numeral 6 representa la fase de cumplimiento de las medidas de protección decretadas, explicando la fijación del rol de las causas judiciales protectoras, que, hasta la etapa de audiencia de juicio se individualizan con la letra “P”, y, una vez en ejecución la medida, se reconocen con la letra “X”. Esta característica de seguimiento responde a la finalidad y naturaleza transitoria de las medidas, pudiendo solicitarse informes o convocarse a audiencia de cumplimiento de oficio por el Tribunal o a solicitud de algún interviniente. Constituye la etapa más larga del proceso protector.

Para concluir, las medidas de protección pueden finalizar por tres motivos: (i) término del plazo de la medida de protección sin que haya sido modificada, revocada o renovada; (ii) adolescente cumple la mayoría de edad o (iii) NNA es adoptado.

2.3. Intervinientes

En los siguientes apartados se expondrán los actores que intervienen recurrentemente en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.

2.3.1. Niños, niñas y adolescentes

Conforme la CIDN y la LTF chilena, son NNA “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, lo cual también reitera la legislación nacional chilena en el artículo 26 del Código Civil.

Para la mayoría del ejercicio de sus derechos estos deben actuar representados.

Dentro de las consecuencias de la adopción de la CIDN y que estos sean sujetos de derecho se encuentra el hecho que ya no pueden ser mencionados como menores, sino mediante el concepto de niño, niña y/o adolescente, identificando claramente su género y etapa de desarrollo, fundado en el hecho de que el término “menores” resulta ser peyorativo. Como sujetos de derecho tienen un rol más activo en el proceso del cual están involucrados.

De acuerdo con el artículo 69 de la LTF, los NNA tienen derecho a comparecer ante el juez y de esta manera que se tengan cuenta sus opiniones considerando su edad y madurez; en este artículo, además, se reconoce su autonomía progresiva. Para estos efectos pueden ser escuchados en la audiencia preparatoria, de juicio o en una especial destinada para tal efecto.

Si bien el NNA goza de este derecho, tiene un rol secundario en los procedimientos de familia en general. Puede ser oído en las oportunidades ya señaladas, pero no sigue de forma continua el proceso, ya que el NNA es representado a través del adulto responsable que tenga su cuidado o su curador ad litem.

Que el niño sea oído se reduce en los procedimientos de familia a la expresión de sus ideas y sentimientos a través de su adulto responsable, el curador ad litem, o a través de las pruebas periciales que se realicen en el procedimiento, y en las audiencias reservadas.

Un reconocimiento de la autonomía progresiva de los NNA presentes en nuestro ordenamiento es la posibilidad de que inicien el procedimiento de solicitud de las medidas de protección, sin la necesidad de representación o autorización de la persona que tenga su patria potestad. Sin perjuicio que tras el requerimiento el juez deba nombrar a un curador ad litem para que lo represente durante el proceso.

El NNA debe ser oído durante el proceso, convirtiéndose en un trámite esencial de acuerdo a lo señalado en los artículos 16 y 69 de la LTF, y del artículo 12 de la CDN. La omisión de esta actuación es causal de nulidad que se reclama a través del recurso de casación en la forma, si en las instancias previas se han ejercido todos los recursos establecidos por ley para reclamar dicha omisión. Esto fundado en el hecho que el niño es interviniente en el proceso y tiene interés en el mismo, aun cuando no se haya iniciado por su voluntad.

2.3.2. Curadores ad litem

Si bien los NNA son sujetos de derechos, para el ejercicio efectivo de sus derechos en los procesos judiciales el artículo 19 de la LTF establece la figura del curador ad litem, abogado o abogada quien, una vez designado por el tribunal, debe velar por el interés superior del niño, y por el pleno respeto de las garantías procesales de NNA.

El curador o curadora debe pertenecer a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a alguna institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección especializada de los derechos de NNA.

El juez designa al curador cuando se reúne los siguientes requisitos: (i) el NNA carezca de representante legal, (ii) cuando el juez estime que los intereses del NNA son independientes o contradictorios a los de quien lo representa.

El curador no es parte del proceso judicial, sino interviniente en cuanto representa los intereses del NNA, cumpliéndose con ello en parte lo señalado en el artículo 12 de la CIDN.

Las funciones de los curadores ad litem, señaladas por la ley, son las siguientes:

- Representación judicial durante el procedimiento.
- Ejercicio de la acción penal como un derecho de la víctima del artículo 109 letra b del Código Procesal Penal. En este sentido el curador debería representar al NNA en la instancia familiar y penal.

2.3.3. Padres, representantes legales, cuidadores o adulto responsable

Conforme dispone la LTF, los adultos responsables del NNA no requieren actuar en el proceso judicial representados por un abogado. Esto ha fomentado la desformalización de la audiencia judicial en los procedimientos de familia. Solo si el juez estima necesario la intervención de la comparecencia de las partes

patrocinadas por un abogado éste lo sugerirá y suspenderá la audiencia para una nueva fecha en que acudan asesorados.

Los adultos responsables intervienen como parte del proceso debido a que se debe determinar cuál es su grado de responsabilidad y/o participación en la vulneración o amenaza del derecho del NNA, de corresponder, junto con poder participar activamente en la investigación de los hechos que dan lugar al proceso.

Sin embargo, para efectos de esta investigación no serán incluidos como categoría en la muestra de entrevistados, ya que su rol en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección no impacta mayormente la concreción del involucramiento del NNA.

2.3.4. Jueces y Consejerías técnicas

Como hemos señalado, los Tribunales de Familia tienen una competencia única y especializada en conflictos de naturaleza familiar. Están integrados por un número variable de jueces, cada uno de los cuales es asesorado por un consejero técnico, de profesión psicólogo o trabajador social.

Dentro de su competencia se encuentran las siguientes materias: adopción, cuidado personal, relación directa y regular, pensión de alimentos, divorcio, nulidad de matrimonio, separación de los cónyuges, violencia intrafamiliar, patria potestad y representación legal de los hijos, autorización de salida de menores del país, disensos para contraer matrimonio, guardas, medidas de protección, acciones de filiación (estado civil, reclamación e impugnación de maternidad y paternidad), comisión de alguna falta en que se encuentren involucrados menores de edad, maltrato de éstos, separación judicial de bienes entre cónyuges, declaración y desafectación de bienes familiares y constitución de usufructo, uso o habitación de los mismos.

Los Tribunales de Familia, de acuerdo con lo señalado en el mensaje de la LTF, tienen un carácter interdisciplinario, por lo que no solo observan el asunto desde la óptica jurídica, sino también desde el enfoque conductual, social y económico. De esta naturaleza especial de los Tribunales de Familia nace la necesidad de crear la figura de los consejeros técnicos, que buscan asesorar al/a la juez/a en la controversia judicial para lograr la mejor decisión en beneficio de la familia en su conjunto, mediante una visión integral e interdisciplinaria.

El artículo 5 de la LTF define las funciones del Consejo Técnico:

“Asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad”. En particular tendrán las siguientes funciones:

- a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas;
- b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia. y declaración del niño, niña o adolescente;
- c) Evaluar, a requerimiento del juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo, y
- d) Asesorar al juez, a requerimiento de éste, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7º de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, y
- e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.”

De acuerdo con lo indicado en el artículo 457 del Código Orgánico de Tribunales, los Consejos técnicos son auxiliar a la administración de justicia, compuestos por profesionales en el número y con los requisitos que establece la ley. La intervención del/de la Consejero/a Técnico es individual en el juicio.

Por regla general, la intervención del/de la Consejero/a Técnico en las causas de protección de derechos de los NNA queda registrada en el acta de la audiencia. Dentro de sus funciones está la de realizar una breve entrevista previa con los intervinientes y explicar a las partes que sucederá en la audiencia. A su vez, puede realizar sugerencias de medidas al juez para la dictación de la sentencia y dar su opinión frente a la situación que se expone en la audiencia. Igualmente, puede revisar los antecedentes de los intervinientes, si la situación lo amerita.

3. PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA

El presente estudio analiza la dimensión de involucramiento de los NNA en los procedimientos sobre aplicación de medidas de protección utilizando el modelo de participación significativa elaborado por las autoras Bouma et al. (2018). Por esto, con la finalidad de exponer las bases teóricas del enfoque utilizado, el tercer capítulo sitúa, primero, la discusión previa y el estado actual del concepto de participación de niños, niñas y adolescentes y, luego, expone el modelo de participación significativa, centrándose especialmente en qué significa su dimensión de involucramiento y cuáles son los requisitos que se exigen para su materialización en los procedimientos que intervienen niños, niñas y adolescentes.

3.1. Sobre la participación de niños, niñas y adolescentes

Existe amplio consenso en que la participación es el medio por el cual se construye una democracia y, en ese sentido, constituye un criterio con el cual deben juzgarse aquellas (Hart, 1992, p. 5). Ya en 1969, Sherry R. Arnstein postuló que la participación ciudadana -pensándola para los adultos- es poder ciudadano que redistribuye, hacia los ciudadanos desposeídos de poder formal, la facultad necesaria para ser incluidos deliberadamente en el futuro (Arnstein, 1969, p. 216).

En una publicación a cargo de UNICEF, abordando el tema de la participación de la niñez y la adolescencia, Roger A. Hart definió la participación como “la capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social y que afectan a la vida propia y/o a la vida de la comunidad en la que uno vive” (Hart, 1992, p. 6). Sin embargo, existe amplio consenso en que tal definición del concepto participación no se basta por sí sola, sino que debe ser comprendida, necesariamente, integrando su relación intrínseca con la idea de gradualidad: existe una diferencia trascendental entre experimentar el ritual vacío de la participación y tener el poder real necesario para afectar el resultado de un proceso (Arnstein, 1969, p. 216).

La idea de “participación graduada” dio a paso a la construcción de diversos modelos de participación. Los modelos pioneros, que sirvieron de base para estudios empíricos sobre la participación, respondieron a una perspectiva jerárquica, según la cual, los niveles de participación se podían ordenar en escaleras con peldaños que importaban un grado mayor o menor de participación. Luego, como resultado de los nuevos estudios críticos, se propusieron modelos no jerárquicos de participación, dentro de los cuales encontramos el Modelo de Participación Significativa, que constituye la parte central del marco conceptual de esta investigación.

Para la comprensión de la relevancia del tránsito entre modelos jerárquicos y no jerárquicos, en los siguientes apartados se expondrán los diseños centrales atingentes a este estudio, sus críticas y mejoras propuestas, para finalizar abordando el modelo de la participación significativa.

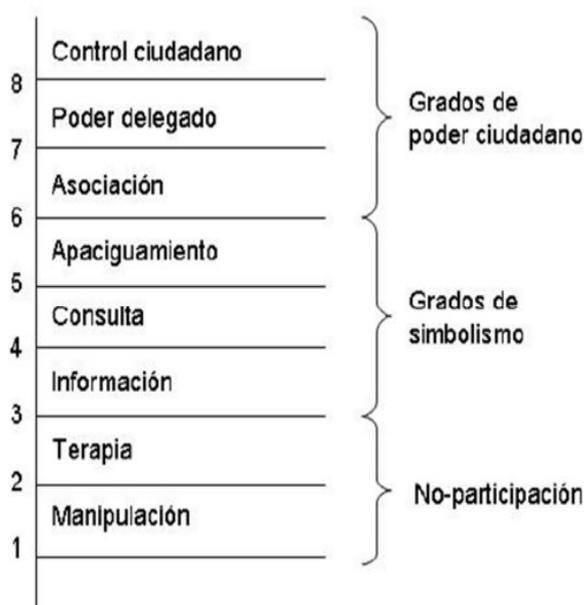
3.2. Los modelos jerárquicos de participación

En los siguientes apartados se expondrán los modelos iniciales de participación que se propusieron por diversos teóricos. Esto permitirá contrastarlos con el nuevo enfoque de participación significativa que adopta la presente investigación.

3.2.1. La escalera de Arnstein: participación ciudadana

Con el objetivo innovador de ilustrar la integración entre participación y gradualidad, Arnstein, en su ensayo denominado “A Ladder Of Citizen Participation” de 1969, propuso una tipología jerárquica de ocho niveles de participación ciudadana dispuestos en forma de escalera, en la que cada peldaño correspondería a la extensión del poder ciudadano para poder determinar el resultado final, como puede observarse en la siguiente ilustración:

Ilustración 1: Escalera de participación de Arnstein



Fuente: Arnstein (1969). A ladder of citizen participation. p. 217

Los peldaños inferiores de la escalera, (1) Manipulación y (2) Terapia, no otorgan participación, sino que han sido ideados para sustituir la participación genuina. Su objetivo es no permitir que las personas participen en el proceso, sino que buscan educar o curar a los participantes.

Los peldaños (3) Información y (4) Consulta permiten progresar a niveles de *tokenismo* o simbolismo, otorgando a los ciudadanos desposeídos la posibilidad de escuchar y tener voz (ser escuchados), sin embargo, cuando la participación se limita a estos niveles no otorga la potencia a estos participantes de cambiar el *status quo*. La utilización por la autora del término anglosajón “*tokenism*” no es baladí, ya que, según el Oxford Dictionary of English, tal concepto se define como “la práctica o política de hacer un esfuerzo solamente simbólico o la mínima concesión cuando se trata de minorías o grupos en situación de desventaja”. Así, el elemento definitorio del *tokenismo* es precisamente satisfacer las exigencias legales de la sociedad en su conjunto sin tener en consideración las necesidades reales del colectivo en cuyo beneficio redundan las medidas que se adoptan (Moscoso, M. 2011. p. 87), siendo justamente aquel el diseño del grado inferior de participación que otorgan estos peldaños.

El peldaño (5) Apaciguamiento o calma es simplemente un nivel superior de tokenismo, porque, en este caso, las reglas del juego permitirían que los participantes desposeídos de poder fueran asesorados sobre el proceso de decisión, pero los titulares del poder conservarían el derecho a decidir.

Los siguientes peldaños corresponden a los niveles de poder ciudadano con grados crecientes de influencia en la toma de decisiones. En el peldaño (6) Asociación, los ciudadanos pueden conformar una asociación que les permita negociar y participar en acuerdos con los titulares del poder.

Finalmente, en los peldaños más altos de (7) Poder Delegado y (8) Control Ciudadano, los participantes olvidados, en el primer caso, obtienen la mayoría de los puestos de decisión (mayor autoridad o mayoría numérica) y, en el segundo, tienen todo el poder para decidir.

Si bien la escalera de ocho peldaños de Arnstein es una simplificación, permitió visualizar las gradaciones significativas de la participación para comprender las demandas cada vez más estridentes de participación por parte de las personas que poseen los niveles más bajos de aquella. La utilidad de esta mirada integral y graduada de la participación es que responde a un problema único subyacente: que “los nadie”, en diversos aspectos, están intentando convertirse en “alguien” con poder suficiente para hacer que los objetivos institucionales respondan a sus puntos de vistas, aspiraciones y necesidades (Arnstein, 1969, p. 217).

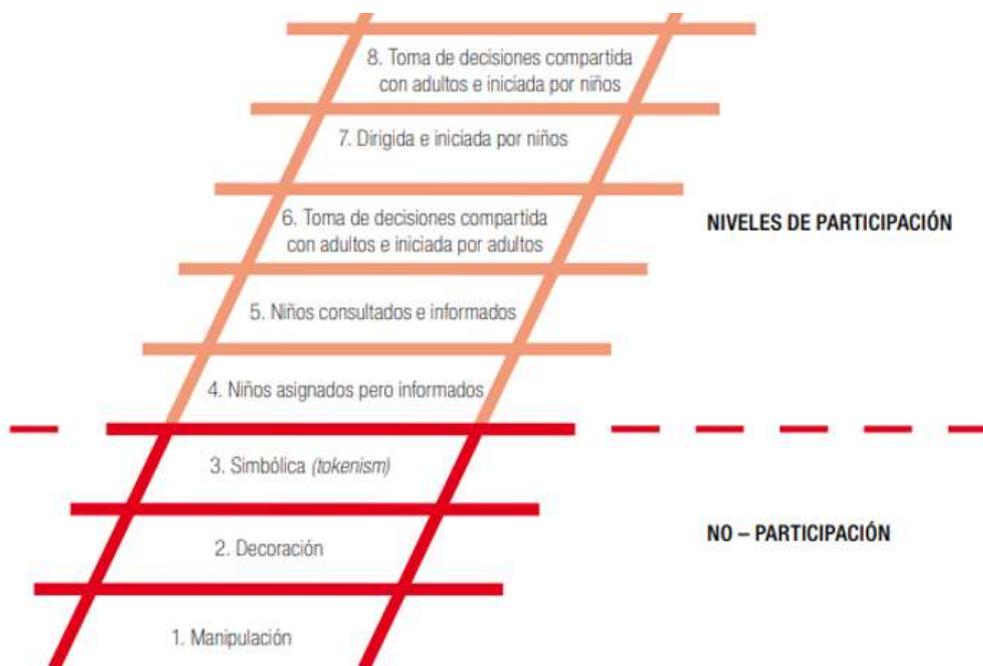
3.2.2. La escalera de Hart: participación de NNA

Inspirados en la escalera de Arnstein, se desarrollaron diversos modelos, también jerárquicos, pero esta vez para la participación de niños, niñas y adolescentes, siendo el más innovador y valorado por la literatura el Diagrama de la Escalera de Participación de Hart de 1992, en su artículo “La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica”, toda vez que había muy poco escrito en esa época sobre la naturaleza conceptual de la participación de NNA.

El autor postuló que “una comprensión de la participación democrática y la confianza y capacidad para participar solo se puede adquirir gradualmente por medio de la práctica; no pueden enseñarse como una abstracción.” (Hart, 1992, p. 5). Partiendo de esta proposición, considerando los diferentes momentos, escenarios, edades y crecimiento en la práctica de la participación, fue posible entender la participación de NNA como algo dinámico, flexible y adaptable al contexto y las circunstancias (Ciudades amigas de la infancia, UNICEF. 2015).

La siguiente figura ilustra la Escalera de Participación de NNA propuesta por Hart:

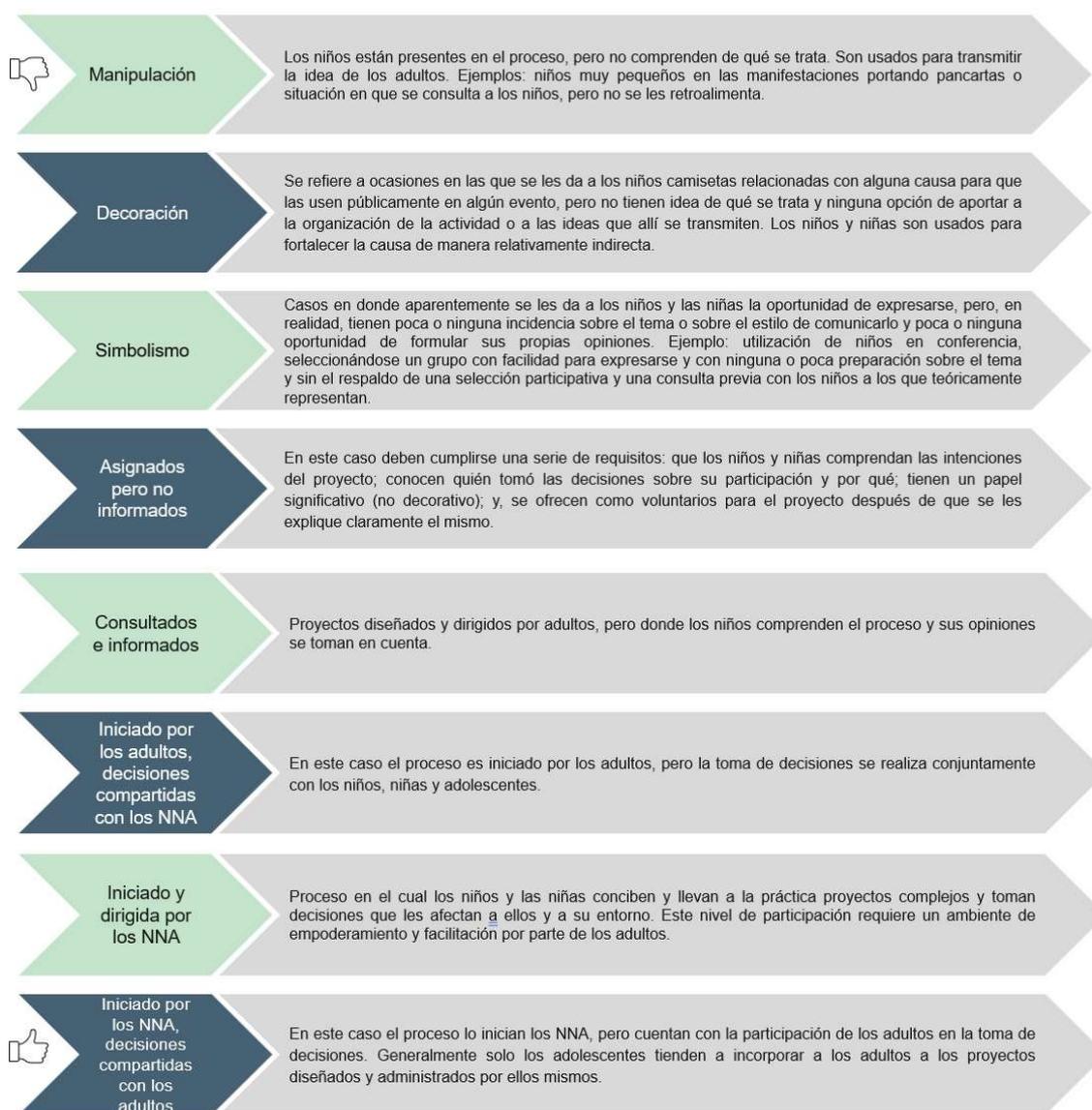
Ilustración 2 Escalera de participación de Hart



Fuente: Hart (1992). La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica. p. 10.

Los tres peldaños inferiores corresponden a espacios donde no existe realmente una participación activa de NNA. Los cinco escalones superiores representan escenarios con participación real y efectiva de los niños y niñas, en diversas gradualidades. Hart define los ocho peldaños de la siguiente manera (Hart, 1992, pp. 9-18):

Ilustración 3: Peldaños de participación de Hart, 1992. Elaboración propia.



Fuente: Elaboración propia

3.2.3. Crítica al modelo jerárquico de participación

En los últimos años, los modelos jerárquicos de la participación de NNA han sido observados mediante estudios que pusieron a prueba su capacidad para evaluar programas o instancias de participación de NNA. Se puso en cuestión la priesa de estos modelos, consistente en una participación infantil comprendida como la capacidad de expresarse verbal y racionalmente, bajo total control del poder adulto y sin influjo real sobre la toma de decisiones (Gallego y Gutiérrez, 2015).

En este sentido, la investigación de Charles y Haines (2014) criticó el modelo jerárquico proponiendo una nueva comprensión más compleja de la participación, que depende de diversos factores simultáneos, entre los cuales no existe una relación jerárquica necesariamente.

El estudio de Charles y Haines, mediante una metodología cualitativa de conversaciones grupales entre 93 jóvenes en total, de entre 11 y 16 años, se recogieron las opiniones de los jóvenes sobre tres modelos de escalas de participación, entre los cuales estaba el de Hart (Charles y Haines, 2014, pp. 643-645). El objetivo era evaluar sus capacidades de aportar en la construcción de una mejor metodología para medir la participación de NNA en la toma de decisiones, arrojando resultados particularmente positivos, que, permitieron concluir que la elaboración de metodologías y modelos para evaluar participación de NNA resulta más ajustada a su realidad cuando se generan mediante instancias participativas (Charles y Haines, 2014, pp. 656 y 657), confirmando la lógica “participación trae más participación”. En este sentido, tras el análisis de los datos recogidos, se concluyeron tres resultados principales:

En primer lugar, se criticó los modelos con escalas de participación, tanto en su formato, presentación y contenido. Sobre la escalera de Hart, manifestaron no comprender los conceptos, porque estaban orientados a adultos y sus contextos era muy amplios. La representación gráfica de una escalera no hizo sentido, ya que no experimentaban jerarquía participativa en la toma de sus decisiones. Criticaron el orden de los peldaños e indicaron que faltaba el superior con un NNA completamente autónomo (Charles y Haines, 2014, pp. 646-648).

En segundo lugar, los jóvenes definieron estándares mínimos que deberían guiar, sustentar e informar el desarrollo de cualquier nueva escala de medición. A su vez, los jóvenes especificaron tres normas mínimas que deberían utilizarse en estos modelos: (a) el uso del lenguaje debe ser conciso, no técnico, accesible y no condescendiente; (b) las representaciones gráficas deben ser acertadas, no abundantes para no desconcentrar; y, (c) la participación es fluida y omnipresente,

no lineal jerárquica, porque puede manifestarse de muchas formas diferentes y en varios momentos y lugares (Charles y Haines, 2014, pp. 649-652).

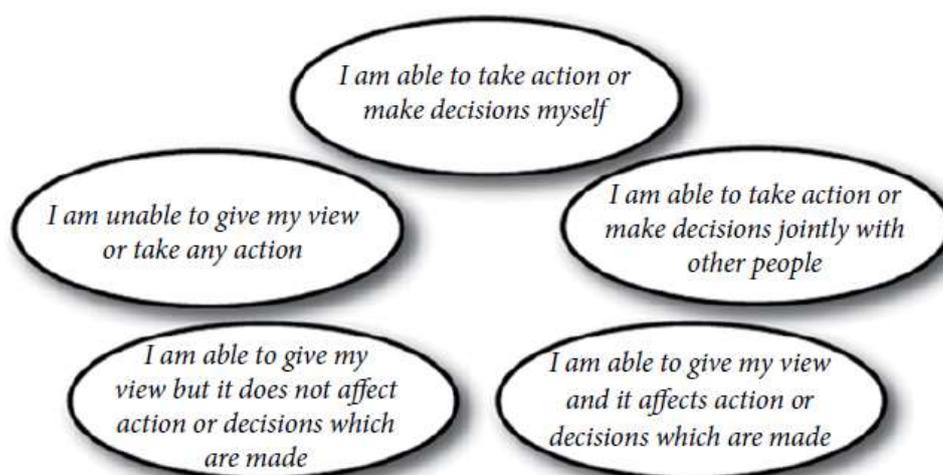
Finalmente, en tercer lugar, construyeron una serie de recomendaciones que condujeron a la construcción de una nueva escala de medición de participación. Por un lado, comprendían la participación como la intención de decidir y el poder comunicar aquello, basado en las relaciones con otros y sobre decisiones cotidianas y mundanas. Por otro, reconocieron que en un extremo existe un nivel de participación directa y autónoma y, en el otro, una participación nula, pero aclararon que la jerarquía sesga la respuesta y no recoge toda la participación, por lo que según sea cada pregunta los puntos de la rueda deberían ir rotando. Por ejemplo, si un NNA no quiere hablar ni participar de una decisión, eso se evaluaría como no participación en las escalas jerárquicas, siendo que se encuentra en su legítimo derecho de no ejercerlo (Charles y Haines, 2014, pp. 653-655).

Con estas consideraciones, propusieron 5 puntos de participación, sin finalidad jerárquica:

- Puedo actuar o tomar decisiones por mí mismo.
- Puedo actuar o tomar decisiones junto con otras personas.
- Puedo dar mi opinión y afecta las acciones o decisiones que se toman.
- Puedo dar mi opinión, pero no afecta las acciones o decisiones finales.
- No puedo dar mi opinión ni tomar ninguna medida.

La representación gráfica simple y no jerárquica ofrecida por los jóvenes fue la siguiente:

Ilustración 4: Resultados del estudio de Charles & Haines



Fuente: Charles & Haines, 2014, p. 655

3.3. Modelo de Participación Significativa

Las nuevas perspectivas de la participación han sido tierra fértil para la construcción de modelos no jerárquicos de participación de NNA. Específicamente, enfocado en los sistemas proteccionales de niñez y adolescencia, encontramos el Modelo de la Participación Significativa de Bouma, H.; López, M.; Knorth, E. & Grietens, H. (2018).

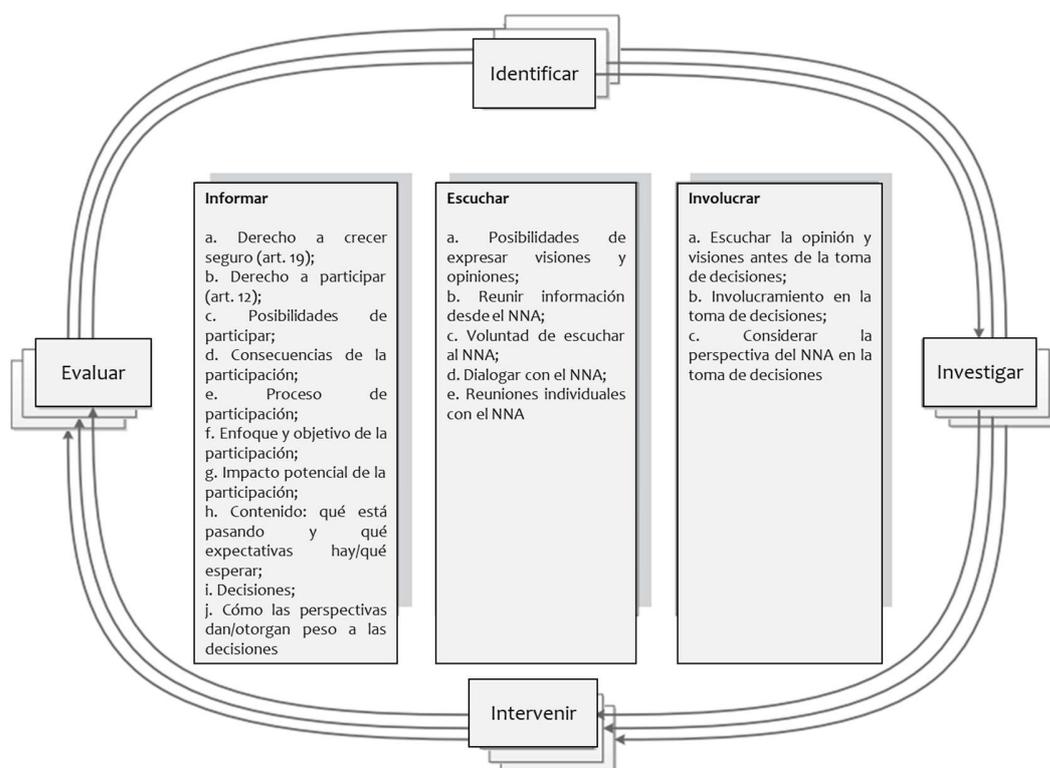
Este modelo tuvo por objeto evaluar la participación de NNA en el sistema de protección infantil holandés analizando leyes y documentos de políticas bajo la nueva Ley de Juventud del año 2015, proponiendo la utilización de un modelo de participación significativa construido sobre la base del artículo 12 de la CIDN (Bouma et al., 2018, p. 279).

Definiendo la participación significativa como la experiencia de NNA de ser escuchados y tomados en serio, el estudio diagnosticó que el modelo teórico de Hart presenta una escala jerárquica de participación infantil que incluye dos dimensiones centrales: escuchar al niño y darle la oportunidad de influir en la toma de decisiones. Sin embargo, la Observación General del Comité de los Derechos del Niño sobre el artículo 12 de la CIDN sobre los derechos de participación de NNA, agrega una tercera dimensión: informar. Por ello, concluye que la participación significativa se compone de tres dimensiones:

- (i) Informar: los niños deben estar adecuadamente informados como requisito previo para la participación;
- (ii) Escuchar: los niños deben tener la opción y ser alentados a expresar sus opiniones; y;
- (iii) Involucrar: las opiniones y perspectivas de los niños deben ser consideradas y tenerse en cuenta para la toma de la decisión.

Estas tres dimensiones de la participación significativa se ilustran en posiciones simétricas e interrelacionadas, ya que se entiende el sistema proteccional de niñez e infancia como un proceso continuo que debe mirar las tres dimensiones constantemente y en todas sus etapas (Bouma et al., 2018, p. 281):

Ilustración 5: Dimensiones del Modelo de Participación Significativa



Fuente: Bouma et al., 2018, p. 282. Traducción de Alejandra Yáñez Cancino

Exponen que la primera dimensión de “Informar” consiste en que a los NNA se les puede comunicar de varios aspectos relacionados con su participación en el proceso proteccional, como sus derechos, sus posibilidades y las consecuencias de participar, sobre el proceso de participación, sobre el enfoque y objetivos de su participación y el impacto potencial que tendría aquella. A su vez, se les puede informar sobre el contenido de la investigación, recibir información sobre las decisiones que se tomen y sobre cómo sus puntos de vista pesaron en el proceso de toma de decisión.

La segunda dimensión, “Escuchar”, implica que NNA pueden tener la oportunidad de expresar sus opiniones, debiendo estar los profesionales dispuestos a escuchar y a tener un diálogo con los NNA. Se sugiere que los NNA sean escuchados en reuniones individuales para que puedan expresarse con mayor libertad.

La dimensión final denominada “Involucrar”, objeto del presente estudio, postula que las opiniones y perspectivas de los NNA deben estar adecuadamente integradas en el proceso judicial proteccional para la construcción de la decisión final. Aquello se cumpliría cuando se verifican tres requisitos en distintas fases del procedimiento

judicial: primero, las opiniones del NNA sobre las decisiones deben ser escuchadas antes y después que se adopte la medida de protección; segundo, NNA deben participar del momento en que se toma la decisión; y, tercero, debe considerarse la opinión y perspectiva del NNA en la argumentación de la decisión adoptada (Bouma et al., 2018, p. 281).

Ahora bien, pese a que la participación significativa se compone de tres dimensiones: Informar, Escuchar e Involucrar, este estudio tendrá como objeto solo la tercera de ellas por las siguientes razones.

La primera y segunda dimensión de la participación significativa, denominadas Informar y Escuchar, han sido desarrolladas en las investigaciones chilenas, generalmente de manera conjunta, bajo el concepto del derecho del niño a ser oído, ya que esta ha sido la formulación más utilizada por las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, incluida la chilena, para tratar el derecho a la participación de los NNA en los procesos judiciales (Couso, 2006; Lepín y Lama, 2020 y Vargas et al., 2010). Desde el derecho del NNA a ser oído en los procesos judiciales se deriva la entrega de información a aquel por parte de los profesionales que intervienen en la instancia y la escucha de sus opiniones.

Por el contrario, la tercera dimensión de Involucramiento resulta especialmente interesante porque se centra en la participación del NNA en el proceso continuo de la toma de decisión, lo cual ha sido escasamente investigado en Chile y Latinoamérica. Como se señaló, los estudios se enfocan en el derecho del niño a ser oído, no aproximándose suficientemente a lo que implica involucrar al NNA en las distintas fases del proceso de construcción de la decisión proteccional, como son recoger la opinión del NNA sobre la decisión, su presencia en el momento que se dicta la decisión y la argumentación de la decisión considerando su opinión.

3.3.1. La tercera dimensión: involucramiento del NNA en el proceso de toma de la decisión proteccional

El estudio de Bouma et al. indica que «Involucrar» significa colocar al NNA dentro del proceso de toma de decisión, considerando las perspectivas que tenga el NNA sobre la eventual medida que se adoptará durante todo el transcurso del proceso en que se definirá la decisión proteccional (2018, p. 281).

Bajo la premisa de la participación significativa como un proceso continuo, la tercera dimensión de involucramiento requiere, en primer lugar, que se recoja y conozca la opinión del NNA sobre las eventuales decisiones que podrían tomarse y también su opinión sobre la decisión finalmente adoptada. En segundo lugar, supone la

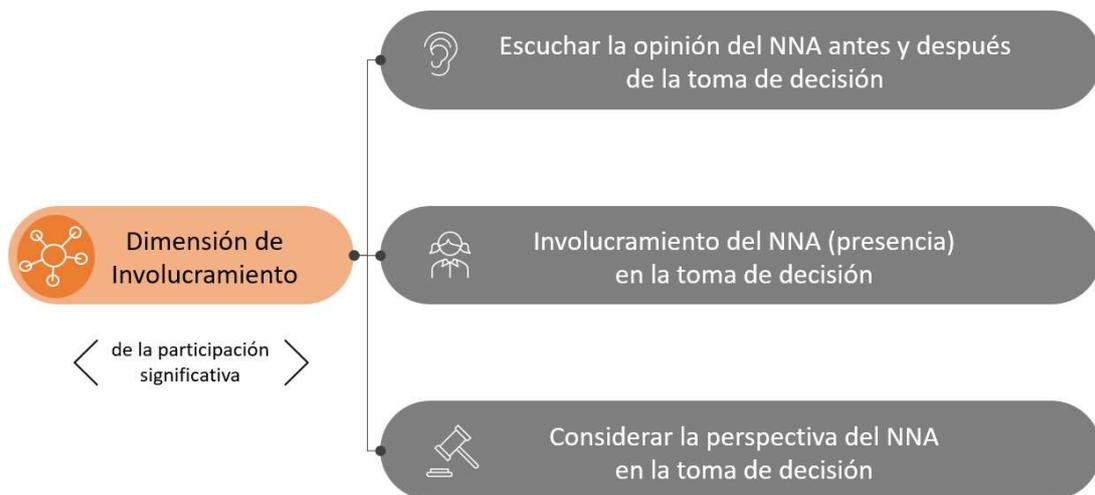
presencia del NNA o su representante al momento en que se decreta la decisión. Y, finalmente, implica la consideración de las perspectivas del NNA en la fundamentación de la decisión adoptada.

Solo con el cumplimiento de estas tres condiciones o requisitos se podría concluir que los NNA se vieron involucrados significativamente en el proceso de toma de decisión proteccional (Bouma et al., 2018, p. 281).

3.3.2. Requisitos de la dimensión de involucramiento

Conforme lo señalado precedentemente, la dimensión de involucramiento de la participación significativa establece tres condiciones o requisitos para el que el NN sea efectivamente involucrado en el proceso de toma de la decisión proteccional (Bouma et al., 2018 y Middel et al., 2020). Estas son:

Diagrama 5: Requisitos de la dimensión de involucramiento en el modelo de participación significativa



Fuente: Elaboración propia en base a Bouma et al., 2018.

a. Las opiniones del NNA sobre las decisiones deben ser conocidas y escuchadas antes y después que se tome la decisión

Esta categoría considera que el NNA debe ser visto o escuchado por los profesionales que intervienen durante el proceso que decidirá sobre una medida proteccional, de tal forma que exprese sus opiniones e intereses respecto a las

eventuales decisiones proteccionales que podrían tomarse -antes de la decisión- o las decisiones ya adoptadas -después de la decisión- (Middel et al., 2020, p. 22).

b. Debe estar presente el NNA o su representante en el momento que se toma la decisión

La categoría establece que es esencial para involucrar al NNA que se encuentre presente aquel o su representante en la instancia en que se toma la decisión proteccional. Sin su presencia o representación en ese momento se estaría excluyendo al sujeto central de la reunión o instancia más decisiva del proceso proteccional (Middel et al., 2020, p. 22).

c. Se debe considerar la perspectiva del NNA en la decisión adoptada

Previamente, se aclara que esta categoría no significa que la decisión final del juez deba coincidir necesariamente con la opinión del NNA, sino que, en la argumentación o fundamentación de la decisión proteccional se tomen en cuenta la perspectiva y las opiniones del NNA, abordándolas explícita y adecuadamente en el razonamiento que conducen a la decisión proteccional (Middel et al., 2020, p. 22).

Ahora bien, tomando como referencia el modelo de participación significativa, el trabajo de Middel et al. (2020) examinó y validó positivamente una Herramienta de Evaluación de la Participación Significativa (Meaningful Participation Assessment Tool, MPAT), que, respecto a la dimensión de involucramiento, ratificó las tres condiciones para su concreción, expuestas precedentemente.

Para finalizar este apartado, cabe tener presente que el foco en la dimensión de involucramiento de la participación se justifica en que diversos estudios han diagnosticado que el involucramiento de NNA en los procesos de toma de decisiones proteccionales conduce a mejores decisiones de cuidado, bienestar e intervenciones personalizadas, al encontrarse íntimamente ligado con la decisión proteccional que afectará la vida del NNA. A su vez, la participación está generalmente asociada con mayores niveles de bienestar y potencialmente mejora el desarrollo de los NNA, ya que los prepara para su rol como ciudadanos activos en la sociedad (Middel, F. et al., 2020). En este mismo sentido, Woolfson et al. (2010) indican que la falta de prácticas participativas dentro de los sistemas de protección infantil proporciona a los NNA sentimientos de inseguridad y ansiedad, ya que no saben qué esperar del sistema. Del mismo modo, Leeson (2007) determinó que no estar involucrado en la toma de decisiones genera sentimientos de impotencia en los NNA, baja autoestima y poca confianza, debilitando su construcción y desarrollo humano.

4. PANORAMA ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA DIMENSIÓN DE INVOLUCRAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA DE NNA EN LOS PROCESOS SOBRE DECISIONES PROTECCIONALES

Con la finalidad de contribuir en la delimitación del objetivo y del diseño metodológico del presente trabajo de máster, en este capítulo se expone el estado del arte de las investigaciones internacionales –realizadas en países latinoamericanos y en otros países– y nacionales sobre la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en procesos de decisión de los sistemas proteccionales.

Las bases de datos consultadas fueron Google Académico, Dialnet, Scielo, Biblioteca Digital U. de Chile y Cercabid UB.

Ya que la especificidad del objeto de estudio –la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en sistemas proteccionales– puede reducir excesivamente los resultados, invisibilizando investigaciones atinentes al tema, la búsqueda bibliográfica se realizó utilizando los siguiente términos y operadores en diversas bases de datos científicas: “participación” OR “derecho a ser oído” Y “niños” Y “protección”. En inglés se utilizaron los términos y operadores “participation” AND “child” AND “protection” OR “care”. Estos términos esenciales son lo suficientemente precisos respecto al objeto de estudio y amplios a la vez para recabar la mayor cantidad de investigaciones sobre la materia.

Recopilar esta información investigativa permite, luego, analizar individualmente sus características de enfoque, tipo, alcance, localización, metodología, entre otros factores, y, así, determinar el estado del arte existente sobre la materia.

4.1. Investigaciones internacionales

La búsqueda de estudios en las bases de datos arrojó investigaciones cualitativas desarrolladas desde el año 2000 en adelante en diversos países del mundo.

Dadas sus características particulares se expondrán separadamente. En primer lugar, se detallarán las investigaciones de países latinoamericanos –distintos de Chile– y, en segundo lugar, los estudios de países de otras regiones del mundo.

4.1.1. Investigaciones en países latinoamericanos

Las seis investigaciones latinoamericanas encontradas abordan el derecho a la participación de NNA en los procedimientos mediante la fórmula terminológica del derecho a ser oído de los NNA en los procedimientos en que se pueden ver afectados y desde un enfoque cualitativo.

La siguiente tabla expone los detalles de las investigaciones encontradas.

Tabla 3: Investigaciones latinoamericanas sobre participación de NNA en procedimientos que los afectan

N°	Año	Autor/as/es	País	Metodología			Enfoque de participación significativa
				Método	Técnica de recolección de datos	Unidad de análisis	
1	s/f	Castillo, I.	Perú	Teórico	Análisis de contenido	Normas	×
2	2010	Novella, S.	Argentina	Teórico	Análisis de contenido	Normas	×
3	2014	Lucas de Carlo, I.	Argentina	Teórico	Análisis de contenido	Normas, jurisprudencia y literatura	×
4	2016	Velázquez, G. y Ferrás, I.	Cuba	Teórico	Análisis de contenido	Normas y expedientes judiciales	×
5	2017	Fernández, W.	Perú	Teórico	Análisis de contenido	Normas y literatura	×
6	2020	Merchán-Castillo, S. et al.	Ecuador	Teórico	Análisis de contenido	Normas y jurisprudencia	×
7	2020	Revuelta, M. y Zacarías, L.	Argentina	Teórico	Análisis de contenido	Normas y jurisprudencia	×

Fuente: Elaboración propia en base a los textos revisados

Todas las investigaciones consideran los procedimientos en un sentido general, tanto en contexto judicial como administrativo, aunque principalmente observan el ejercicio del derecho en los procedimientos ante los Tribunales de Familia. En este sentido, no se observan investigaciones que analicen el derecho a ser oído de NNA particularmente en procedimientos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.

Los estudios analizan el desarrollo normativo y jurisprudencial del derecho a ser oído del NNA en los procedimientos y/o la efectividad del ejercicio de ese derecho

utilizando un enfoque cualitativo y un método teórico. Para ello, realizan un análisis documental de normas, jurisprudencia y, escasamente, expedientes judiciales, como unidades observables.

Ninguna de las investigaciones latinoamericanas encontradas utiliza el modelo de participación significativa.

Solo fue posible detectar una investigación sobre el derecho a la participación de NNA en contexto de cuidado y protección (ver Tabla 3). El estudio realiza un análisis empírico de las significaciones que los adolescentes institucionalizados otorgan al proceso de la participación en sus vidas cotidianas. En este sentido, aborda la participación de NNA en el contexto residencial, una vez ya decretada la medida de protección de cuidado alternativo. La investigación utiliza el modelo de participación de Hart, complementado con los indicadores propuestos por Save the Children (2002).

Tabla 4: Investigaciones latinoamericanas sobre participación de NNA en contexto residencial

N°	Año	Autor/as/es	País	Metodología			Enfoque de participación significativa
				Método	Técnica de recolección de datos	Unidad de análisis	
1	2018	López, G. et al.	Venezuela	Empírico	Cuestionario	Adolescentes en cuidado alternativo	✗

Fuente: Elaboración propia en base a los textos revisados

En términos generales, todas las investigaciones concluyen que, si bien el derecho de NNA a ser oídos en el contexto judicial de familia está consagrado legalmente, su aplicación práctica es deficiente debido a un conjunto de obstáculos institucionales, culturales y regulatorios.

4.1.2. Investigaciones en otros países

En contraste al panorama investigativo latinoamericano, en otros países se encontraron 11 estudios cualitativos sobre participación de NNA específicamente en procesos de decisión de medidas proteccionales. Estas se enumeran y caracterizan en la siguiente tabla:

Tabla 5: Investigaciones internacionales en otros países sobre participación de NNA en procesos sobre decisión proteccional

N°	Año	Autor/as/es	País, Continente	Metodología			Enfoque de participación significativa
				Método	Técnica de recolección de datos	Unidad de análisis	
1	2002	Cashmore, J.	Australia - Oceanía	Teórico	Análisis de contenido	Literatura	✗
2	2006	Cousins, W. y Milner, S.	Reino Unido - Europa	Empírico	Entrevistas y grupos focales	Políticos, profesionales y adolescentes	✗
3	2006	Sanders, R. y Mace, S.	Reino Unido - Europa	Mixto	Análisis de contenido y entrevistas	Políticas, actas, trabajadores sociales y profesionales	✗
4	2011	Besell, S.	Australia - Oceanía	Empírico	Entrevistas	NNA	✗
5	2014	Bruce, M.	Reino Unido - Europa	Teórico	Análisis de contenido	Expedientes con audiencias de NNA	✗
6	2017	Kriz, K. y Roundtree-Swain, D.	E.E.U.U. - América	Empírico	Entrevistas	Adolescentes	✗
7	2018	Bouma, H., et al.	Países Bajos - Europa	Teórico	Análisis de contenido	Legislación y documentos de política pública	✓
8	2018	Rap, S., et al.	Países Bajos - Europa	Empírico	Entrevistas	Profesionales vinculados al sistema proteccional	✗
9	2020	Toros, K. y Falch-Eriksen, A.	Estonia - Europa	Empírico	Entrevistas	Profesionales	✓
10	2020	Lauri, K., Toros, K. y Lehtme, R.	Estonia - Europa	Empírico	Entrevistas	NNA	✓
11	2021	Witte, S., et al.	Alemania, Inglaterra y Países Bajos - Europa	Teórico	Análisis de contenido	Políticas discurso público y expedientes proteccionales	✓

Fuente: Elaboración propia en base a los textos revisados

En la columna “Año” se observa que todos los estudios se desarrollaron en los últimos 20 años, lo que da cuenta que la participación de NNA en contextos proteccionales es un objeto de investigación reciente.

En cuanto a la distribución geográfica, la mayoría de las investigaciones se han realizado en el continente europeo, hallándose solo dos estudios en el continente oceánico y uno en el continente americano. Los estudios europeos se concentran específicamente en Reino Unido y en los Países Bajos. Cabe advertir que el estudio de Witte, S., et al. se repite, pues, aborda los sistemas de protección de Alemania, Inglaterra y los Países Bajos. El resto de los estudios europeos se desarrollaron en Estonia.

Respecto a la metodología, todas las investigaciones pesquisadas son cualitativas, empleando métodos variados (teóricos, empíricos o mixtos) y utilizando como técnicas para la recolección de datos el análisis de contenido o las entrevistas mayoritariamente. Las unidades de análisis más recurrente que se utilizan son los documentos sobre políticas de participación en contexto proteccional, los profesionales vinculados al sistema proteccional, y los propios niños, niñas y adolescentes.

Como se constata en la última columna, cuatro de las investigaciones mencionadas abordan la participación de NNA en contextos proteccionales desde el enfoque de la participación significativa (Bouma et al., 2018; Toros y Falch-Eriksenb, 2020; Lauri et al., 2020 y Witte et al., 2021), analizando los aspectos generales de las tres dimensiones del modelo: información, escucha e involucramiento, sin profundizar en ninguna dimensión en específico.

Los estudios con enfoque de participación significativa se han desarrollado solo en Europa, especialmente en Estonia y Países Bajos.

De estas cuatro investigaciones cualitativas dos utilizan el método empírico y dos el método teórico. Sus técnicas de recolección de datos también son variadas: dos mediante análisis de contenido (Bouma et al., 2018 y Witte et al., 2021) y dos a través de entrevistas (Toros y Falch-Eriksenb, 2020 y Lauri et al., 2020). Las unidades de análisis utilizadas en las investigaciones con enfoque de participación significativa son variadas: profesionales, NNA, expedientes de protección y documentos de políticas públicas.

A grandes rasgos, las cuatro investigaciones concluyen que, si bien el derecho a la participación de NNA en los procesos proteccionales es valorada por los profesionales y NNA, el ejercicio del derecho en la práctica es escaso y limitado. Identifican un conjunto de problemas intra y extra sistémicos que obstaculizan el

desempeño de la participación significativa de los NNA en sus procesos proteccionales, además de falencias regulatorias preocupantes.

4.2. Investigaciones nacionales

Al igual que en las investigaciones de países latinoamericanos, la mayoría de los estudios chilenos encontrados analizan el derecho a la participación de NNA en el contexto general de la justicia de familia, es decir, en todo proceso judicial en que se adopte alguna decisión que afecte la vida del NNA.

La tabla 6 expone las características de las 12 investigaciones de este tipo pesquisadas, omitiendo la columna “País, Continente”, ya que todos los estudios son chilenos.

Tabla 6: Investigaciones nacionales sobre el derecho a la participación de NNA en la justicia de familia

N°	Año	Autor/as/es	Metodología			Enfoque de participación significativa
			Método	Técnica de recolección de datos	Unidad de análisis	
1	2002	Lathrop, F.	Teórico	Análisis documental de dogmática jurídica	Normativa	×
2	2006	Couso, J.	Teórico	Análisis documental de dogmática jurídica	Normativa	×
3	2011	Vargas, M. y Correa P.	Empírico	Entrevistas y análisis documental	Profesionales del proceso judicial de familia y adultos cercanos a NNA	×
4	2014	Troncoso, M. y Puyol C.	Teórico	Análisis documental de dogmática jurídica	Normativa	×
5	2015	Salum, E.; Salum, S. y Saavedra R.	Empírico	Entrevistas	Jueces de familia	×
6	2015	Espada, S.	Teórico	Análisis documental de dogmática jurídica	Normativa	×
7	2015	Fuentes, C.	Empírico	Entrevistas	Jueces de familia y abogados especializados	×

8	2017	Etcheberry, L. y Fuentes, C.	Teórico	Análisis documental de dogmática jurídica	Normativa	✗
9	2018	Carretta, F.	Empírico	Entrevistas	Jueces de familia	✗
10	2020	Lepin, C. y Lama, B.	Teórico	Análisis documental de dogmática jurídica	Normativa	✗
11	2021	Carretta, F. y García-Quiroga, M.	Teórico - Empírico	Análisis documental de dogmática jurídica y Entrevistas	Normativa y doctrina Jueces, abogados y NNA	✓
12	2021	Pulgar, F.	Teórico	Análisis documental de dogmática jurídica	Normativa	✗

Fuente: Elaboración propia en base a los textos revisados

Si bien la participación de NNA en la justicia de familia no es el objeto de estudio específico de este trabajo, cabe destacar que la reciente investigación de Carretta y García-Quiroga (2021) es la única de este tipo que utiliza el modelo de participación significativa de Bouma, H. y otras autoras, como se observa en la última columna.

Resalta la variedad de métodos que utilizan estas investigaciones cualitativas. Por un lado, seis de los estudios emplean el método clásico de investigación teórica mediante el análisis dogmático jurídico de normativa nacional e internacional. Por otro, cuatro emplean el método empírico, aplicando entrevistas y/o analizando audiencias o audios de juicio. La unidad de análisis de las investigaciones empíricas son mayoritariamente jueces de familia.

Ahora bien, la búsqueda también arrojó, en menor cantidad, estudios cualitativos sobre el objeto de análisis de esta tesis: la participación de NNA específicamente en procesos de decisión del sistema proteccional.

Estos se pueden clasificar en dos tipos. Por un lado, están las investigaciones que abordan la participación de los NNA mediante el análisis de la representación judicial ejercida por los curadores ad litem en los procesos proteccionales (Estrada, 2018; Estada, 2019; Bustos, 2019 y Observatorio, 2020). Por otro, las que se aproximan al derecho a la participación de los NNA desde una concepción amplia de tal derecho, colocando especial énfasis en la participación directa de los NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.

Las investigaciones de este último tipo son las relevantes para esta tesis, por lo que se detallan sus características en la Tabla 7.

Tabla 7: Investigaciones chilenas sobre participación de NNA en procesos judiciales protectores

N°	Año	Autores	Método	Técnica de recolección de datos	Unidad de análisis	Enfoque de participación significativa
1	2015	Estrada, F.	Teórico	Análisis de contenido	Normativa e investigaciones	✗
2	2020	García-Quiroga, M. y Agoglia I.	Teórico	Análisis de contenido	Investigaciones	✓
3	2021	García-Quiroga, M. y Vallejo, V.	Teórico	Análisis de contenido	Investigaciones	✓
4	2021	García-Quiroga, M.; Roig, D.; Mok, C. y Cazorla, K.	Teórico	Análisis de contenido	Normativa, planes políticos y normas técnicas de SENAME	✓

Fuente: Elaboración propia en base a los textos revisados

En la columna “Años” se constata que los estudios son recientes, en particular los últimos cuatro que utilizan el modelo de participación significativa.

Cabe acotar que el estudio de Estrada (2015) no centra su análisis solo en la participación, sino que la aborda teóricamente como uno más de los principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección. Por el contrario, el resto de las investigaciones coloca la participación de NNA en el núcleo de su análisis, utilizando, además, el modelo de participación significativa de Bouma et al. (2018).

Los estudios cualitativos con enfoque de participación significativa encontrados utilizan métodos teóricos mediante análisis de contenido temático de normas e investigaciones existentes sobre la materia.

Se observa que las tres investigaciones que utilizan el modelo de participación significativa analizan temáticamente los contenidos poniendo el foco en los aspectos generales de las tres dimensiones que componen la participación significativa: la escucha, la información y el involucramiento.

Conforme lo señalado en los apartados precedentes, se concluye que las investigaciones existentes sobre participación de NNA en procesos de decisión de medidas protectoras abordan los aspectos generales de las tres dimensiones de la participación significativa, no registrándose a nivel internacional, latinoamericano

o nacional investigaciones que profundicen en el estudio en particular de la dimensión de involucramiento de NNA en estos procedimientos.

Observar puntualmente la dimensión de involucramiento de la participación significativa en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección resulta relevante pues aportaría un estudio más profundo de este aspecto de la participación significativa, que aún no ha sido lo suficientemente desarrollado.

Esto resulta interesante no sólo porque no ha sido investigado, sino particularmente porque la dimensión de involucramiento nos permite visualizar en qué medida se hace efectiva la participación de los NNA en las decisiones judiciales protectoras, teniendo en consideración que las investigaciones han demostrado que la participación de los NNA contribuye a la eficacia de la toma de decisiones (Alfandari, 2017), permitiendo adoptar una decisión fundada plausiblemente en el interés superior de los NNA (Lauri et al., 2020, p. 212). Ya han señalado los autores que aprender de las experiencias de los niños sobre su participación y la opinión de los profesionales que intervienen en el proceso protector es esencial para entender mejor cómo involucrar a los niños en una participación significativa (Bouma et al., 2018).

5. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO Y DISEÑO METODOLÓGICO

El capítulo 5 tiene por objeto delimitar el estudio, estableciendo su objetivo y describiendo las líneas de acción metodológicas tomadas para alcanzarlo.

5.1. Pregunta de Investigación

Dado el marco teórico atinente a la investigación y el panorama actual expuesto que define las razones y necesidades de investigar la dimensión de involucramiento de la participación significativa en los procesos judiciales protectores chilenos, este estudio se propone responder la siguiente pregunta de investigación:

Según sus intervinientes, ¿cómo se hace efectiva la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección en Chile?

5.2. Objetivo General

El objetivo general del estudio es analizar la concreción de la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección en Chile, según las percepciones de sus intervinientes.

5.3. Objetivos Específicos

Para alcanzar el objetivo general propuesto, se han establecido cuatro objetivos específicos, cuyos desarrollos permitirán analizar la concreción de la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección en Chile. Estos son:

- a. Describir los aspectos generales de la participación y los elementos de la dimensión de involucramiento de NNA en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección en Chile.
- b. Identificar los problemas que dificultan la concreción de la dimensión de involucramiento en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección en Chile.
- c. Identificar los factores que facilitan la concreción de la dimensión de involucramiento en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección en Chile.

- d. Generar recomendaciones para lograr una mayor concreción de la dimensión de involucramiento en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección en Chile.

5.4. Diseño metodológico

Los siguientes apartados detallan el diseño metodológico construido para llevar a cabo esta investigación.

5.4.1. Enfoque, tipos y métodos de la investigación

A continuación, se expondrán los lineamientos metodológicos generales que permiten desarrollar los objetivos planteados en este estudio, distinguiendo entre los niveles de enfoque, tipo y método de investigación.

a. Enfoque de la investigación

El diseño metodológico para el alcance del objetivo tendrá un enfoque cualitativo, indagándose en el contexto estudiado -el proceso judicial de aplicación de medidas de protección- para identificar e interpretar los elementos y fenómenos en los términos del significado que las personas que intervienen en tales procesos judiciales le otorgan a la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA (Bonilla y López, 2016, p. 306). En este sentido, la investigación cualitativa responderá a un proceso inductivo, donde se explorará y describirá el fenómeno a través de las experiencias y percepciones de los intervinientes de procesos judiciales de aplicación de medidas de protección, para, luego, intentar generar perspectivas teóricas coherentes con lo observado, determinando el estado de los elementos de la dimensión de involucramiento en estos procesos judiciales, sus facilitadores, obstaculizadores y recomendaciones, todo lo cual se conoce como teoría fundamentada (Hernández et al., 2006, p. 8). Se ha indicado que, justamente, este método de investigación puede ser utilizado para un mejor entendimiento de un fenómeno ya estudiado, como lo es la participación de NNA en este caso, pero profundizando en él (Strauss y Corbin, 1990, p. 25), poniendo el foco solamente en la dimensión de involucramiento del modelo de participación significativa en los procesos judiciales protectores chilenos, develando respuestas sobre lo que está ocurriendo en ese contexto para inducir eventuales mejoras.

b. Tipo de la investigación

El tipo de estudios es exploratorio y descriptivo.

En primer lugar, exploratorio, porque, si bien la participación de NNA específicamente en sistemas de aplicación de medidas de protección se encuentra abordado mayoritariamente en la literatura internacional⁸, no existe un vasto número de investigaciones y las realizadas observan países donde la decisión de aplicación de medidas de protección es una función entregada a un órgano administrativo o de modalidad mixta, y no a un sistema judicializado como el caso chileno.

A su vez, como se expuso en el capítulo cuarto, son escasos los análisis, tanto a nivel internacional como nacional, sobre sistemas de decisión de medidas proteccionales utilizando el modelo de participación de significativa propuesto por Bouma et al. (2018), ya que se trata de un enfoque reciente cuya herramienta de evaluación fue recientemente validada por el estudio de Middel et al. (2020).

Como se mencionó en el capítulo anterior, a nivel nacional, la participación de NNA en el sistema judicial en general es un tema de investigación incipiente comparado con otros asuntos de larga data, encontrándose estudios desde el año 2006 en adelante (Couso, 2006; Barros y Cerda, 2010; Vargas y Correa, 2011; Puyol y Troncoso, 2014; Salum et al., 2015; Carretta, 2018 y Carreta y García-Quiroga, 2021). Estos estudios se han ocupado de la participación de NNA en la justicia de familia desde una perspectiva general, aglomerando todos los elementos que la involucran –especialmente la escucha– y analizándola junto a otros derechos (Espejo y Lathrop, 2015; Bustos, 2019; Lepín y Lama, 2020). A diferencia de lo propuesto en esta investigación, tales investigaciones no han tenido como objeto de observación los procedimientos judiciales de aplicación de medidas de protección ni han utilizado el modelo de la participación significativa, menos aun enfocándose en la dimensión específica del involucramiento.

Por las razones señaladas, un estudio exploratorio de primer acercamiento a la efectivización de la dimensión de involucramiento de NNA en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección entregaría una novedosa perspectiva del asunto (Hernández et al., 2006, p. 101), inexplorada aún en nuestro país.

En segundo lugar, el estudio es descriptivo, ya que busca determinar cómo se concreta o efectiviza la dimensión de involucramiento en la realidad de los procesos judiciales proteccionales chilenos, mediante en análisis de las experiencias y

⁸ En Australia: Bessell, 2011; en Estados Unidos: Kriz y Roundtree-Swain, 2017; en Escocia: Bruce, 2014; en Gales, Reino Unido: Sanders y Mace, 2006.

percepciones de los actores mismos del fenómeno (Hernández et al., 2006, p. 102). Aquello permitirá establecer el estado actual de los elementos de la dimensión de involucramiento de la participación significativa en dichos contextos judiciales, sus facilitadores y obstaculizadores, para, así, intentar concluir inductivamente recomendaciones que promuevan la efectivización del involucramiento de NNA en el proceso judicial donde se decide la aplicación de una medida de protección.

c. Métodos de la investigación

Dado que el objeto de estudio se materializa en un contexto judicial real, con intervinientes definidos y bajo un procedimiento normado, la investigación requiere emplear dos métodos de las ciencias jurídicas.

Por un lado, utiliza el método dogmático-jurídico, que consiste en la descripción y el estudio crítico sobre la estructura del derecho objetivo del objeto de estudio (Odar, 2016, p. 3), es decir, las normas jurídicas chilenas e internacionales que regulan la participación de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección. Está compuesta especialmente por las opiniones de los estudiosos del derecho sobre determinadas normas jurídicas y sus consideraciones sobre la validez formal, real e intrínseca de aquellas (Arellano, 2003, pp. 51 y 52). La dogmática jurídica es, por tanto, la encargada de estudiar las instituciones jurídicas, pero de modo abstracto, sin verificar su materialización en la realidad (Odar, 2016, p. 4).

Por otro lado, el estudio aplica el método socio-jurídico, que se encarga del análisis de la funcionalidad del derecho objetivo en la realidad social (Odar, 2016, p. 10), toda vez que el fenómeno jurídico también puede ser estudiado en sede real, dando lugar a un campo de investigación que se conoce como sociología jurídica (Witker, 1995, p. 2).

La utilización de esta metodología jurídica mixta en la presente investigación resulta adecuada para alcanzar el objetivo propuesto, ya que, como aseveró Witker, J. (p. 4): mientras que en los estudios de dogmática jurídica se investiga “lo que los humanos dicen que hacen con el derecho”, en las investigaciones socio-jurídicas se analiza “lo que los hombres hacen prácticamente con el derecho”. Por tanto, solo de esta forma es posible contrastar la normativa vigente, la opinión y los estudios de los juristas y la experiencia práctica recogida en el trabajo empírico (Alexy, 1997, p. 241) sobre la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección en Chile.

5.4.2. Unidad de análisis y tipo de muestra

Dado que el objetivo general de esta investigación es describir la dimensión de involucramiento de la participación significativa de los NNA en la realidad de los procesos judiciales protectores chilenos, los intervinientes del proceso judicial protector son teóricamente pertinentes para recopilar tales experiencias y percepciones.

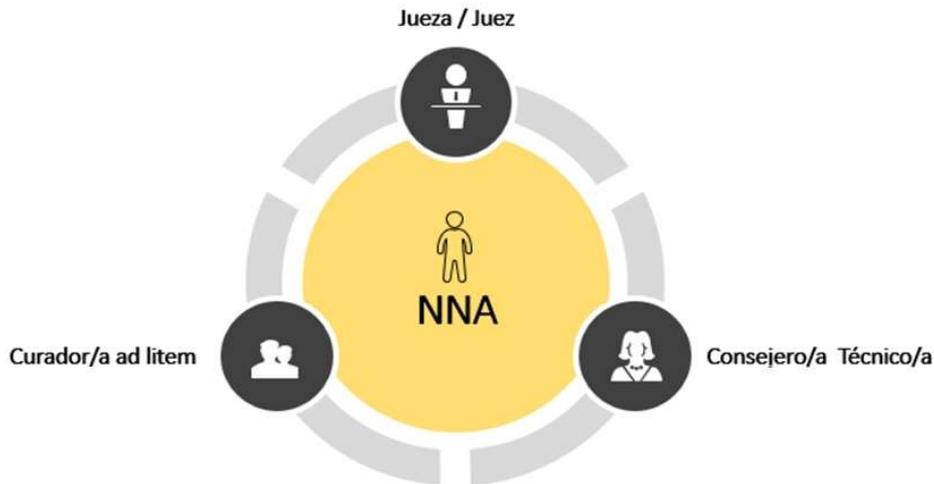
Los intervinientes del proceso judicial de las medidas de protección son los sujetos esenciales que actúan en el proceso en sus diversos roles y jerarquías, sin los cuales no sería posible llegar a la decisión final. La mediación o acción directa de los intervinientes en el proceso judicial respecto a la participación del NNA, experimentando, observando, representando, informando, instando, involucrando o recepcionando su participación significativa, justifican y tornan central sus relatos, experiencias, opiniones y datos sobre la dimensión del involucramiento que se analiza en el estudio. En este sentido, los intervinientes son los sujetos que, en base a su estrecho contacto con el fenómeno, muestran una potencial capacidad de construir información rica sobre el mismo y, en línea con la pregunta de investigación planteada, serán pues candidatos ideales para formar parte de esta muestra (Sáenz de Ormijana, 2015, p. 17).

Dentro de los cuatro intervinientes señalados en el apartado 2.3, se estima que los padres, representantes legales, cuidadores o adulto responsable no poseen en el proceso judicial protector una posición relevante ni de influencia trascendental específicamente en cuanto al involucramiento de los NNA en la decisión en el sentido investigado en este estudio, por lo que serán excluidos como unidad de análisis. Si bien algunas veces la opinión del NNA llega a conocimiento del Tribunal de Familia mediante sus representantes legales o cuidadores, esta circunstancia solo importa un canal indirecto de participación del NNA en el procedimiento judicial, sin traer aparejada mayores consecuencias para el involucramiento del NNA en la toma de decisión, que es lo central en este estudio.

Por el contrario –independiente de los NNA que sí son considerados unidad de análisis por ser los intervinientes centrales de este estudio–, jueces/zas, consejeros/as técnicos/as y curadores/as ad litem son los intervinientes que se relacionan con el NNA y que influyen directa y esencialmente en su participación en

el proceso judicial, por lo que estos profesionales, junto al NNA, conforman las unidades de análisis del estudio.

Diagrama 6: Unidades de análisis del presente estudio



Fuente: Elaboración propia

En cuanto al tipo de muestra, esta es no probabilística o intencionada, ya que, la selección de casos -personas entrevistadas en este estudio en particular- se definirá considerando la característica exploratoria y descriptiva de la investigación y una serie de criterios que contribuirán a asegurar la heterogeneidad y calidad de la muestra, otorgando riqueza a los datos recolectados (Hernández et al., 2006, p. 565).

Así, para lograr el objetivo del estudio será central convocar a actores intervinientes de los procesos judiciales protectores chilenos que compartan su experiencia en estos contextos respecto a la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA, expresando sus percepciones, vivencias y prácticas sobre los tres elementos que constituyen la dimensión de involucramiento –a saber, conocer la opinión del NNA sobre la decisión, presencia del NNA en el momento de la decisión y consideración de su perspectiva en la decisión–. Este objetivo refuerza la utilidad que otorga que la construcción de la muestra sea deliberada.

Por otra parte, dado que la finalidad de la investigación es evidenciar cómo perciben los intervinientes el estado de los elementos de la dimensión de involucramiento en la realidad de los procesos judiciales protectores chilenos y concluir recomendaciones para lograr una mejor concreción de aquellos, la muestra será teórica, siguiendo la denominación de Glaser y Strauss (1967), ya que busca representar un problema teórico seleccionando situaciones sociales (intervinientes en este caso) que ofrezcan observables sobre las categorías de análisis (Martín-Crespo y Salamanca, 2007, p. 1).

Conforme los roles de los intervinientes del proceso judicial proteccional seleccionados, la unidad de análisis se dividirá en dos subunidades:

- Niños, niñas y adolescentes: cuyo relato se recogerá mediante exusuarios respecto de los cuales se decretaron medidas de protección. La justificación de esta decisión metodológica se explica en el siguiente numeral.
- Profesionales del proceso judicial proteccional: juez/a, consejero/a técnico/a y curador/a ad litem.

La justificación de las submuestras y los criterios para la selección de cada interviniente serán abordadas en el siguiente numeral, sin embargo, cabe explicitar que las estrategias utilizadas para su selección fueron por criterios y por bola de nieve o nominados. Por un lado, por criterios, toda vez que se delimitaron conceptualmente cada una de las subunidades de muestreo (los intervinientes) a partir de criterios identificados en la literatura. Y, por otro, bola de nieve, ya que las unidades de muestreo se seleccionaron conforme el interés para el objetivo del estudio a partir de personas que conocían a otras y que las identificaron como buenos informantes para el estudio (Sáenz de Ormijana, 2015, p. 20).

De esta forma, el uso adecuado, meditado y planificado de estas estrategias conduce a la elaboración de un plan de muestreo ubicado en la intersección dialógica entre incidentes de campo, contingencias del desarrollo del estudio y descubrimientos, que obtener una muestra dotada de una representatividad social del fenómeno estudiado (Gobo, 2007, citado en: Sáenz de Ormijana, 2015, p. 21).

5.4.3. Criterios para la determinación de la muestra

Tras la presentación de los lineamientos generales del diseño metodológico, cabe exponer las condiciones para la selección de la muestra sobre la que se aplicará la metodología cualitativa y socio-jurídica. Su precisión fue el resultado de decisiones ubicadas en la compleja intersección entre lo teórico (mayor riqueza informativa y heterogeneidad), lo ético (riesgo de victimización secundaria) y lo pragmático (accesibilidad y recursos).

a. Experiencia del sujeto afectado y contexto actual del sistema judicial para la aplicación de medidas de protección

Al ser los NNA los sujetos principales de los procesos judiciales proteccionales en los cuales justamente recae y respecto de quienes debe concretarse la dimensión

de involucramiento de la participación significativa, constituyen el tipo de interviniente indispensable a observar.

Por la razón expuesta, es relevante para el estudio recoger la opinión y las experiencias de NNA intervinientes de procesos judiciales protectores, sin embargo, en razón de su protección y por consideraciones éticas y prácticas no serán entrevistados directamente, sino que estarán representados a través del relato de adultos exusuarios/as del sistema protector

Uno de los efectos que se busca evitar la decisión metodológica de representar el relato de los NNA es provocar victimización secundaria NNA que actualmente atraviesan procesos judiciales protectores. La victimización secundaria se puede producir en diferentes momentos: durante la etapa la internación residencial, la denuncia protectora, la toma de declaración, la atención en salud, el juicio, la sentencia; y en diferentes niveles: judicial, familiar, social y laboral; siendo de especial entidad la que sufre el sujeto que se encuentra experimentando actualmente el contexto (Gutiérrez de Piñeres, et al., 2009, p. 52). Por ello, este estudio se propone evitar que las entrevistas constituyan una instancia de victimización secundaria para NNA que tienen actualmente procesos judiciales protectores activos o se encuentran sujetos a medidas de protección.

Desde las razones éticas, dado que la entrevista constituye revivir un proceso judicial especialmente inestable para NNA y que como investigadora no poseo experiencia previa en este tipo de técnica investigativa, se considera riesgoso realizar la entrevista a NNA que actualmente se encuentran sujetos a medidas de protección.

A ello se adiciona, como motivo práctico, las restricciones de movilización e ingreso a residencias que implicó la contingencia sanitaria por la pandemia de COVID-19 al momento en que se realizaron las entrevistas (año 2021). Elevar una solicitud para entrevistar a NNA a cualquier residencia protectora ponía en riesgo la salud pública y entorpecía las labores institucionales que, a la fecha de realización de las entrevistas, ya se encuentran tensionadas. En resumen, se estima que, en el marco de esta investigación, entrevistar a NNA en cuidados alternativos implicaría potenciales riesgos para su salud física y mental que resulta fundamental poder evitar.

Sin embargo, atendido lo indispensable de recopilar el relato y la opinión de NNA que se vieron inmersos en procesos judiciales protectores, y, tomando en consideración las prevenciones protectoras, éticas y prácticas señaladas, se resuelve entrevistar a exusuarios/as que hayan estado vinculados a un proceso

judicial de aplicación de medidas de protección y que no superen los 30 años, de tal forma que su experiencia en los procesos judiciales sea lo más próxima posible.

El límite de 30 años de los/as exusuarios/as a entrevistar se justifica en el espacio temporal en que Chile comenzó a adecuar su legislación interna a la CIDN - ratificada por nuestro país el año 1990- y abrir espacios para la participación de NNA en los procesos judiciales sobre materias de familia.

Como se expuso en el primer capítulo, este proceso de apertura comenzó el año 2004 con la promulgación de la Ley N°19.968 -que Creó los Tribunales de Familia- que consagró el derecho a ser oído del NNA y a contar con representación judicial. Luego, el siguiente paso cualitativo que amplió las posibilidades de participación de NNA en el proceso judicial de aplicación de medidas de protección, fue la entrada en vigor del Programa “Mi Abogado” (Estrada, 2018, pp. 1 y 2; Bustos, 2019, p, 56; FOCUS y CIDENI, 2020, p. 60), mediante la Resolución Exenta N°1802 de octubre del año 2018, correspondiente a la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Esta institución se encuentra actualmente consolidada, expandiéndose regionalmente como programa público tras su experiencia piloto del año 2017. El programa fue declarado el encargado de representar ante los juzgados competentes, en forma independiente y autónoma de los demás intervinientes en los procesos protecciones, los derechos, voluntad e intereses de los niños, niñas y adolescentes internados en instituciones administradas directamente por el SENAME o dependientes de aquel (CAJMETRO).

Por tanto, dado que el objetivo del estudio es observar una dimensión de la involucramiento de la participación significativa de NNA en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección en Chile, resulta relevante mirar ese contexto desde la perspectiva de exusuarios/as de aquellos procesos que vivieron su niñez y adolescencia desde 1991 en adelante, para, así, explorar sus experiencias de involucramiento en este escenario actualizado del sistema judicial proteccional chileno, que se mantiene hasta la fecha, aunque con futuras variaciones relevantes tras la publicación de la Ley N°21.430 conforme se expuso en el capítulo segundo (apartado 2.1.2, letra d).

b. Condiciones para la heterogeneidad de la muestra

Determinar criterios de heterogeneidad de la muestra permitirá lograr una representación tipológica socio-estructural en función de los objetivos de este estudio. La heterogeneidad de la muestra se establecerá mediante una selección de variables relevantes para la investigación y por procedimientos de fijación de

especies de cuotas para la construcción de un casillero tipológico que refleje su diversidad (Serna, 2019, p. 191).

- Género: necesidad de la paridad

El género de los entrevistados se torna relevante por razones particulares de cada subunidad de análisis, por lo que primero se abordará la justificación de los exusuarios y luego la de los profesionales de los tribunales de familia y curadores/as ad litem.

Respecto a los exusuarios que experimentaron procesos judiciales protectores como NNA, el Anuario Estadístico 2019 del SENAME describe que las atenciones en toda el área protectora presenta una distribución muy paritaria, siendo aproximadamente en promedio de los NNA atendidos 51,65% mujeres y 48,35% hombres (SENAME, 2019). Por ello, con el objeto de lograr una representación más realista de la composición por sexo del sistema protectora, se entrevistará la misma cantidad de mujeres y hombres que posean la calidad de exusuarios del sistema judicial sobre aplicación de medidas de protección (Valles, 2002, p. 91; citado en: Serna, 2019, p. 191).

Respecto a los profesionales de los Tribunales de Familia del Poder Judicial, los registros generales del Poder Judicial constatan que el personal funcionario presenta una composición de sexo relativamente equilibrada, siendo mayoritaria la representación de las mujeres con un 58,1% versus un 41,9% de hombres (Poder Judicial, 2021, p. 11).

Sin embargo, este equilibrio del Poder Judicial en su totalidad no se refleja en la composición de los Tribunales de Familia del Poder Judicial, donde la composición mayoritaria es de mujeres.

En este sentido, entre los/las jueces/zas de primera instancia⁹ el año 2020 las juezas representaban una mayor proporción en 6 de los 7 tipos de tribunales de justicia. No obstante, están especialmente sobrerrepresentadas en los Juzgados de Familia, donde ocupan el 79,9% de los cargos, importando la mayor brecha de género positiva de un 59,9% (Poder Judicial, 2021, p. 24), como puede observarse en la siguiente ilustración:

⁹ Los Tribunales de primera instancia son aquellos que conocen por primera sobre una controversia, sin haberse adoptado ninguna decisión judicial antes que aquella. Por el contrario, los Tribunales de segunda instancia son los que conocen recursos de apelaciones o de otra naturaleza de revisión respecto a una decisión adoptada anteriormente por un tribunal de primera instancia.

Ilustración 6: Distribución por sexo en judicaturas de primera instancia en el año 2020

TIPO DE UNIDAD LABORAL	NÚMERO ABSOLUTO			PORCENTAJE		
	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	HOMBRES	MUJERES	BRECHA
JUZGADO DE LETRAS	102	91	193	52,8%	47,2%	-5,7%
JUZGADO CIVIL	17	39	56	30,4%	69,6%	39,3%
JUZGADO DE FAMILIA	70	279	349	20,1%	79,9%	59,9%
JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO	45	58	103	43,7%	56,3%	12,6%
JUZGADO DE COBRANZA LABORAL Y PREVISIONAL	3	11	14	21,4%	78,6%	57,1%
JUZGADO DE GARANTIA	175	175	350	50,0%	50,0%	0,0%
TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL	173	232	405	42,7%	57,3%	14,6%
TOTAL	585	885	1.470	39,8%	60,2%	20,4%

Fuente: Poder Judicial, 2021, p. 21

Si bien no existen datos estadísticos sobre la composición por sexo de los consejeros/as técnicos/as de los Tribunales de Familia, la siguiente ilustración sobre dotación general de personal funcionario de los Tribunales de Familia del país, su distribución y brecha por sexo permite deducir que la composición mayoritaria de mujeres debería repetirse respecto a aquellos profesionales también.

Ilustración 7: Distribución por sexo de la dotación del Poder Judicial en el año 2020

UNIDAD	NÚMERO ABSOLUTO			PORCENTAJE		
	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	HOMBRES	MUJERES	BRECHA
JUZGADO DE FAMILIA	733	1.612	2.365	31,3%	68,2%	36,3%
CENTRO MEDIDAS CAUTELARES DE FAMILIA	16	46	62	25,8%	74,2%	48,4%

Fuente: Poder Judicial, 2021, p. 14

La ilustración precedente muestra que en los Tribunales de Familia –que en Santiago se componen también por Centro de Medidas Cautelares que conoce sobre medidas de protección, entre otras materias– el personal funcionario de sexo mujer representa el 68,2%, significando una brecha positiva de 36,3%. Esto aumenta drásticamente en el Centro de Medidas Cautelares -con competencia especial de aplicación de medidas de protección en la jurisdicción de Santiago- donde las funcionarias mujeres representan un 74,2%, significando una brecha positiva de 48,4%.

Por tanto, debido a que los Tribunales de Familia se componen de profesionales mayoritariamente mujeres y que este estudio pretende explorar la percepción o acercamiento de profesionales de ambos sexos respecto a la dimensión de involucramiento en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección, disminuyendo cualquier interferencia en los datos por razones de sexo, se establecerá como criterio de selección de la muestra una cantidad relativamente paritaria entre los profesionales entrevistados.

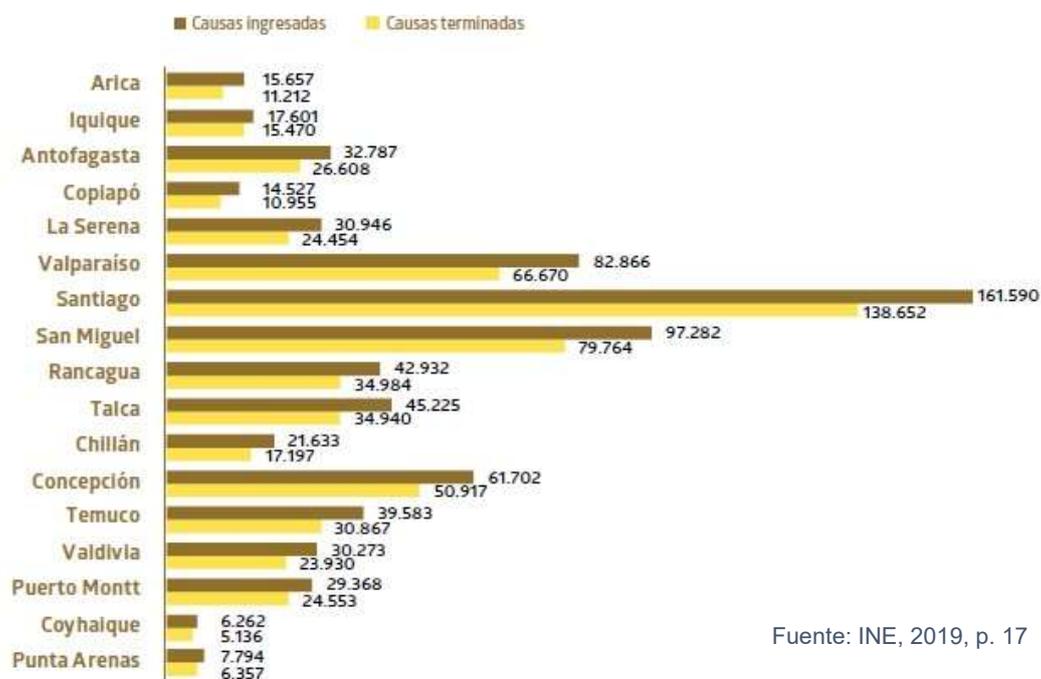
Si bien no se cuenta con datos estadísticos de composición por sexo de los/as curadores/as ad litem, este criterio se hará extensivo a aquellos intervinientes para estandarizar la regla a todos los profesionales entrevistados.

- Diversidad de lugar de trabajo

Dadas la diversidad de contextos laborales que presentan jueces/zas, consejeros/as técnicos/as y curadores/as ad litem –y que serán explicitados en los siguientes apartados–, es necesario agregar como criterio para la heterogeneidad de la muestra el requisito de que aquellos profesionales trabajen en diferentes lugares según la variabilidad requerida por cada perfil.

Respecto al contexto laboral de jueces/zas y consejeros/as técnicos/as, se encuentra diagnosticado que la carga de trabajo entre los Tribunales de Justicia varía según la jurisdicción a la que pertenecen. En este sentido, el siguiente gráfico ilustra que el año 2019, a nivel nacional, ingresaron 738.028 causas a los Tribunales de Familia. De estas, la mayoría de las causas corresponden a la jurisdicción de Santiago, donde se recibieron 161.590 demandas o requerimientos, representando el 21,9% y la mayor carga labora a nivel nacional.

Ilustración 8: Número de causas ingresadas y terminadas en competencia de familia el 2019, por Corte de Apelaciones



Fuente: INE, 2019, p. 17

A su vez, en cuanto a la distribución regional de la cantidad de medidas de protección decretadas, los datos del Servicio Nacional de Menores del año 2020 - expuestos en la siguiente ilustración- indican que sus mayores ingresos al área de protección se registran también en la Región Metropolitana, con un total de 23.593 causas ingresadas, observándose además una distribución muy disímil de ingresos entre regiones.

Ilustración 9: Ingresados Área Protección período enero-septiembre 2020, por tramo etario

Región	Menores de 5 años	6 - 13 años	14 - 17 años	Total
ARICA Y PARINACOTA	363	812	380	1.555
TARAPACÁ	345	982	429	1.756
ANTOFAGASTA	589	1.598	656	2.843
ATACAMA	484	1.125	444	2.053
COQUIMBO	846	2.396	869	4.111
VALPARAÍSO	2.060	5.339	1.844	9.243
METROPOLITANA	4.955	13.471	5.167	23.593
O'HIGGINS	1.075	2.925	1.040	5.040
MAULE	1.072	3.081	1.199	5.352
ÑUBLE	515	1.359	535	2.409
BIOBÍO	1.231	3.185	1.325	5.741
LA ARAUCANÍA	931	2.420	1.011	4.362
LOS RÍOS	448	1.172	467	2.087
LOS LAGOS	897	2.389	1.139	4.425
AYSÉN	164	405	152	721
MAGALLANES	179	430	158	767
Suma	16.154	43.089	16.815	76.058
Total nacional*	15.836	42.353	16.555	74.744

Fuente: SENAME, Informe trimestral 2020. Disponible en: <https://www.sename.cl/informe-trimestral-2020/trimestre-1-2020-ENERO-SEPT/proteccion-anexos.html>

Por tanto, constatada la diferencia de carga laboral entre los Tribunales de Familia de las diversas regiones del país, que desafía desigualmente el cumplimiento de sus funciones, para asegurar la heterogeneidad de la muestra se establece como criterio de selección entrevistar a jueces/zas y consejeros/as técnicos/as que trabajan en tribunales de familia de distintas jurisdicciones del país. Esta delimitación permite contar con percepciones de profesionales de diversos contextos y realidades judiciales del país, fortaleciendo la diversidad de la muestra.

En cuanto al contexto laboral de los/as curadores/as ad litem, en Chile existen distintas instituciones públicas y privadas de abogado/as y abogadas litigantes que representan los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos sustanciados antes los Tribunales de Familia (Observatorio para la Confianza, 2020, p. 12). Por ello, dado que la oferta institucional es multivariada, la muestra de curadores/as ad litem deberá lograr diversidad en cuanto a los lugares donde trabajan, para así recolectar información desde distintas realidades laborales.

c. Condiciones para la calidad de los profesionales

Para la exploración de la dimensión de involucramiento en los procesos judiciales proteccionales es útil recolectar experiencias y percepciones de intervinientes profesionales que sean considerados buenos o exitosos en el desempeño su trabajo, para, de esta forma, observar el mejor estándar de cumplimiento de la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en procesos judiciales proteccionales.

Por tanto, se determinan tres criterios que permiten asegurar la calidad laboral de los profesionales entrevistados.

- Experiencia laboral en el rol

Todos los intervinientes profesionales deberán contar al menos con una mediana experiencia laboral desempeñando el trabajo, es decir, más de 5 años en el cargo aproximadamente, para, así, recoger información sobre su experiencia en la efectivización de la dimensión de involucramiento en los procesos judiciales proteccionales a lo largo de su trayectoria.

- Vigencia en el cargo

Todos los intervinientes profesionales deberán estar actualmente desempeñando su cargo o trabajo en procesos judiciales proteccionales, con el objetivo de recopilar su percepción y experiencia presente del involucramiento de NNA en los procesos judiciales proteccionales, sin interferencias ni vacíos de experiencia.

- Calificaciones funcionarias

Solo para el caso de los profesionales que tienen la calidad de funcionarios públicos (jueces/zas y consejeros/as técnicos/as), se deberá declarar en la ficha de datos la calificación funcionaria de los últimos dos años, debiendo tener evaluaciones suficientes o sobresalientes para formar parte de la muestra.

En conclusión, a partir del encuentro de todos los criterios señalados en esta encrucijada entre lo teórico, lo ético y lo pragmático (Vallés, 1999, p.89), es posible construir la matriz general de muestra de este estudio, visualizando de manera directa y sencilla los perfiles tipológicos que deben normar la elección de cada interviniente como unidad de muestreo. Se presenta, por tanto, una tabla en la que, utilizando filas y columnas para ubicar cada uno de los criterios definidos, se plasma la variedad tipológica de las unidades de muestreo (Valles, 1997, p. 212).

Tabla 8: Criterios para la determinación de la muestra

Criterios	Condiciones	Intervinientes relacionados
Experiencia del sujeto afectado y no victimización secundaria	Adultos que experimentaron procesos judiciales proteccionales como NNA	NNA
Realidad actual del sistema judicial proteccional chileno	Adultos de máximo 30 años	
Heterogeneidad	Paridad	Todos (NNA y Profesionales)
	Diversidad de lugar de trabajo	Profesionales
Calidad	Larga experiencia laboral	Profesionales
	Actualidad del ejercicio laboral	
	Calificaciones funcionarias	Solo profesionales funcionarios públicos

Fuente: Elaboración propia

Con la finalidad de verificar y respaldar que las personas entrevistadas cumplen las condiciones necesarias para formar parte de la muestra de este estudio, se confeccionó una ficha de datos básicos que completó personalmente cada una de ellas y que se adjunta en la sección de anexos confidenciales.

5.4.4. Descripción de la muestra seleccionada

Tras aplicar los criterios para la determinación de la muestra y gestionar la coordinación de cada una de las entrevistas con los intervinientes seleccionados, se llevaron a cabo 13 entrevistas de aproximadamente una hora y media cada una. El detalle descriptivo de la composición final de la muestra puede observarse en la siguiente tabla.

Tabla 9 Descripción de las entrevistas realizadas.

Intervinientes	Criterios para la determinación de la muestra					Total			
	Heterogeneidad			Calidad					
	Paridad		Diversidad de lugar de trabajo	Experiencia	Vigencia		Calificaciones funcionarias		
	H	M							
Exusuarios/as (>30 años)	2	2	No aplica	No aplica		4			
Jueces/zas de Familia	1	2	Región Metropolitana	25 años	Sí	Sobresaliente	3		
			Región de Tarapacá	15 años					
			Región de Valparaíso	13 años					
Consejeros/as técnicos/as	1	2	Región Metropolitana	13 años			Sí	Sobresaliente	3
			Región del Maule	12 años					
			Región de O'Higgins	15 años					
Curadore/as ad litem	2	1	Institución pública	7 años	Sí	Sobresaliente			3
			Institución privada	20 años					
			Institución privada	16 años					
Total	6	7							13

Fuente: Elaboración propia

En cuanto al número de entrevistas, cabe tener presente que en los estudios cualitativos es habitual emplear muestras pequeñas no aleatorias, estableciendo criterios de calidad de sus muestras, referidos a heterogeneidad y pertinencia para seleccionar a los participantes. Debido al pequeño tamaño muestral, una de las limitaciones frecuentemente planteada con relación al enfoque cualitativo es que la generalización de los resultados se pone en duda, pero se debe tener en cuenta que el interés de la investigación cualitativa se centra en un caso que presenta interés intrínseco para descubrir significados en la particularidad de las experiencias que resultan de interés o reflejar realidades múltiples, por lo que la generalización no es un objetivo de la investigación (Martin-Crespo et al., 2007), como ocurre en el presente trabajo de investigación de carácter esencialmente exploratorio-descriptivo.

5.4.5. Técnica e instrumento de recolección de información

Los siguientes apartados exponen las razones por las cuales se definió la entrevista semiestructurada como la técnica de recopilación de datos este estudio y el proceso de planificación y confección del instrumento mediante la utilización del modelo de participación significativa declarado en el capítulo tercero.

a. La entrevista semiestructurada como técnica de recolección de información

La técnica de esta investigación para la producción de datos es la entrevista, ya que constituye una práctica presencial basada en la empatía del entrevistador para con el actor entrevistado que permite recoger información ligada a la subjetividad de los actores para la construcción conjunta de significados respecto de un tema (Hernández et al., 2006, p. 597).

Específicamente, se utiliza la entrevista semiestructurada por presentar un grado mayor de flexibilidad al partir de preguntas planeadas, que pueden ajustarse a los entrevistados (Flick, 2007, p. 89). Atendido que el presente estudio pretende explorar y describir los elementos de la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en procesos judiciales protectores chilenos, la entrevista semiestructurada otorga el marco técnico adecuado para recolectar ordenadamente la información de los intervinientes, toda vez que se basa en una guía de asuntos predefinidos –que este estudio denominó “categorías de preguntas”– en que la entrevistadora tiene la libertad de introducir preguntas adicionales durante la conversación para precisar conceptos y obtener mayor información sobre los temas deseados (Hernández et al., 2006, p. 597).

b. Pauta de entrevistas individuales como instrumentos de recolección de información

Para la realización de las entrevistas semiestructuradas se confeccionaron dos pautas de entrevistas individuales como instrumentos de recolección de datos, una para la submuestra exusuarios y otra para los profesionales del sistema judicial protector (jueces/zas, consejeros/as técnicos/as y curadores/as ad litem). La decisión de elaborar dos pautas de entrevistas responde a que las perspectivas y aproximaciones de cada una de las submuestras de intervinientes a los elementos de la dimensión de involucramiento en los procesos judiciales protectores es diferente: por un lado, los exusuarios experimentaron personalmente las instancias y momentos de involucramiento o su falta como NNA; y, por otro, los profesionales

influyen de manera directa, positiva o negativamente, en el involucramiento del NNA en el proceso judicial proteccional.

Teniendo en cuenta los lineamientos teóricos expuestos que enmarcan esta investigación, para la definición de las categorías de las pautas de entrevista se tuvo a la vista el modelo de Participación Significativa propuesto por Bouma et al. (2018) y el reciente estudio titulado “Participation of Children Involved in the Child Protection System – Validation of the Meaningful Participation Assessment Tool. Child Indicators Research.”, elaborado por Middel, F., Post W., López, M y Grietens, H. (2020), que validó la Herramienta de Evaluación de Participación Significativa¹⁰ (en adelante, MPAT).

La MPAT, utilizando las tres dimensiones del modelo de la participación significativa y los requisitos particulares de cada una de ellas, propuso una cartilla evaluativa que tradujo los elementos de las dimensiones de la participación significativa en operacionalizaciones o categorías evaluables de la participación, que en su conjunto forman la MPAT, cuya aplicación permite determinar si la dimensión se verifica en el proceso proteccional o no y, así, la participación significativa en su conjunto (Middle et al., 2020, p. 5).

En la siguiente ilustración se observan las trece categorías evaluables relacionadas a cada dimensión de la participación significativa propuestas por la MPAT, destacándose la dimensión de involucramiento por ser el objeto de este estudio:

¹⁰ En inglés: Meaningful Participation Assessment Tool (MPAT).

Ilustración 10: Resumen de ítems del Modelo de Participación Significativa y la MPAT

Dimension	Items	
	Model of Meaningful Participation (Bouma et al. 2018)	Meaningful Participation Assessment Tool (MPAT; this study)
Informing	<ul style="list-style-type: none"> a. Right to grow up in safety (art. 19) b. Right to participate (art. 12) c. Possibilities to participate d. Consequences of participation e. Participation process f. Focus and aim of participation g. Potential impact of participation h. Content; what is happening and what to expect i. Decisions j. How perspectives are given weight in decision-making 	<ul style="list-style-type: none"> 1. Right to grow up without violence 2. Right to participate 3. Participation process 4. Content: information about report 5. Content: information about investigation process 6. Outcomes of decision-making process 7. Whether and how perspectives of child were given weight in decision-making process
Hearing	<ul style="list-style-type: none"> a. Possibilities to express views and opinion b. Gathering information from the child c. Willingness to listen to the child d. Dialogue with the child. e. Individual meeting with the child 	<ul style="list-style-type: none"> 8. Seen 9. Conversation with child about topics regarding the child protection investigation 10. Individual meeting
Involving	<ul style="list-style-type: none"> a. Hearing opinion and views before decisions are made b. Involving in decision-making c. Considering child's perspective in decision-making 	<ul style="list-style-type: none"> 11. Child's views on decision heard 12. Child or representative present at decision-making meeting 13. Views child considered in decision-making meeting

Fuente: Middle et al., 2020. p. 5.

Dado que esta investigación se enfoca solo en la dimensión de involucramiento, se expone la traducción de la sección de la cartilla evaluativa respecto a aquella dimensión, cuyas categorías evaluables propuestas por la herramienta MPAT son: (11) Opiniones del NNA sobre la decisión: a) antes de la decisión y b) después de la decisión; (12) Presencia del NNA o su representante en la instancia en que se toma la decisión; y (13) Consideración de la perspectiva del NNA en la decisión:

Tabla 10: Traducción propia de la cartilla evaluativa de la dimensión de involucramiento

Dimensión de Involucramiento			
N°	Categoría	Explicación	Anotación
11a	Opiniones sobre la decisión	¿Se escucharon las opiniones del niño sobre la decisión? Ejemplo: Esta categoría se puede codificar cuando se escuchó la opinión del niño sobre las decisiones potenciales (antes de la decisión) o las decisiones reales (después de la decisión).	11a. Antes de la decisión <input type="checkbox"/> no explicitado en el documento <input type="checkbox"/> sí <input type="checkbox"/> no
11b			11b. Después de la decisión <input type="checkbox"/> no explicitado en el documento <input type="checkbox"/> sí <input type="checkbox"/> no
12	Presencia del NNA o su representante en la instancia en que se toma la decisión	¿Estuvo el niño o un representante del niño presente en la reunión de toma de decisiones?	12. Después de la decisión <input type="checkbox"/> no explicitado en el documento <input type="checkbox"/> sí <input type="checkbox"/> no
13	Consideración de las perspectivas del niño en la decisión	¿Se tuvieron en cuenta las opiniones y perspectivas del niño en la decisión tomada? Ejemplo: Esto no significa necesariamente que se acogieron (todas) las opiniones del niño en la decisión.	13. Después de la decisión <input type="checkbox"/> no explicitado en el documento <input type="checkbox"/> sí <input type="checkbox"/> no

Fuente: Traducción propia en base a documento original compartido por la autora Mónica López mediante comunicación personal, para su utilización en este estudio.

Las pautas de entrevista individual se construyeron utilizando como referente las categorías evaluativas de la dimensión de involucramiento de la cartilla de medición validada por Middle et al. (2018) y confeccionando un conjunto de preguntas dirigidas a cada submuestra de interviniente a entrevistar que permita recoger la información necesaria sobre sus opiniones, experiencias y perspectivas respecto a cada categoría principal.

A su vez, se decidió agregar una categoría principal inicial sobre «Aspectos generales de la participación de NNA en los procesos judiciales protectores», con

la finalidad de recoger información general de contexto, opiniones y experiencias de los entrevistados sobre el derecho a la participación de NNA y su ejercicio en los procesos judiciales (especialmente en los protectores), como también problemas y mejoras a su respecto.

Así, el orden de las categorías temáticas principales definidas para las pautas de entrevista individual es el siguiente:

Tabla 11: Categorías temáticas principales de las pautas de entrevista individual

Categoría agregada	1	Aspectos generales de la participación de NNA en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.
Categorías sobre requisitos de la dimensión de involucramiento de la participación significativa propuestas en la MPAT	2	Conocimiento de las opiniones del NNA sobre las decisiones. Dos momentos: a. Antes de decretarla b. Después de decretarla
	3	Presencia del NNA o de su representante en el momento en que se dicta la decisión.
	4	Consideración de la perspectiva del NNA en la fundamentación de la decisión.

Fuente: Elaboración propia

Para confeccionar el conjunto de preguntas de cada una de las categorías principales y lograr que estas tengan coherencia con los objetivos específicos buscados por este trabajo (apartado 5.3), se crearon tres subcategorías de tipos de preguntas que coinciden con aquellos: (i) Elementos emergentes, (ii) Problemas y (iii) Mejoras.

- La subcategoría «Elementos emergentes» contiene preguntas sobre percepciones, opiniones y experiencias personales de los entrevistados respecto a cada una de las categorías principales¹¹.
- La subcategoría «Problemas» contiene preguntas sobre los obstáculos identificados por los entrevistados que dificultan la concreción de cada una de las categorías principales en los procesos judiciales protectores.
- La subcategoría «Mejoras» contiene preguntas sobre los factores o prácticas identificadas por los entrevistados que facilitan la concreción de cada una de las categorías principales en los procesos judiciales protectores.

¹¹ Para recordar, estas son: (i) Aspectos generales de la participación de NNA en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, (ii) Conocimiento por parte de los profesionales de las opiniones del NNA sobre las posibles decisiones y la decisión finalmente tomada, (iii) Presencia del NNA en el momento que se toma la decisión y (iv) Consideración de su perspectiva en la fundamentación de la decisión).

En resumen, para la pauta de entrevista se elaboraron preguntas para cada categoría temática principal guiadas por las tres subcategorías mencionadas precedentemente, como se observa en la siguiente ilustración:

Diagrama 7: Categorización temática general para la confección de la pauta de entrevista



Fuente: Elaboración propia

En la siguiente tabla se encuentra la explicación detallada de la información y los datos que se pretende recoger para cada categoría temática principal utilizando como guía las subcategorías elementos emergentes, problemas y mejoras.

Tabla 12: Información a recoger en cada categoría principal

N°	Categoría principal	Información a recoger
1	Aspectos generales de la participación de NNA en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.	<p>En cuanto a los exusuarios las preguntas permiten contextualizar sus procesos judiciales protectores, recoger sus percepciones y opiniones sobre la participación que experimentaron en el proceso y los problemas y mejoras que percibieron.</p> <p>En cuanto a los profesionales, se busca recoger su opinión general sobre el estado actual de la participación de NNA en los procesos judiciales protectores, su valoración, crítica y experiencias personales como trabajadores del área. A su vez, se busca que identifiquen problemas y mejoras en la efectivización del derecho a la participación en los procesos judiciales protectores.</p>

2	Conocimiento de las opiniones del NNA sobre las decisiones. En dos momentos: a. Antes de decretarla b. Después de decretarla	Recoger la opinión, percepción y experiencia de los entrevistados, así como los problemas y las mejoras que identifican respecto a si las opiniones de los NNA sobre las eventuales decisiones y la decisión finalmente tomada fueron conocidas y escuchadas en el proceso judicial proteccional.
3	Presencia del NNA o su representante al momento en que se dicta la decisión.	Recoger la opinión, percepción y experiencia de los entrevistados, así como los problemas y las mejoras que identifican respecto al hecho de que el NNA o su representante esté presente en la instancia en que se toma la decisión proteccional.
4	Consideración de las perspectivas del NNA en la fundamentación de la decisión.	Recoger la opinión, percepción y experiencia de los entrevistados, así como los problemas y las mejoras que identifican respecto a la consideración de las perspectivas expresadas por los NNA en la fundamentación de la decisión proteccional.

Fuente: Elaboración propia

Tras este ejercicio, se elaboró el conjunto de preguntas para cada categoría, adaptándolas para cada una de las submuestras de intervinientes a entrevistar.

La versión definitiva de las pautas de entrevista individual para exusuarios/as y para profesionales puede ser revisada en los anexos públicos de esta tesis (Anexo A).

5.4.6. Plan de análisis y procesamiento de datos

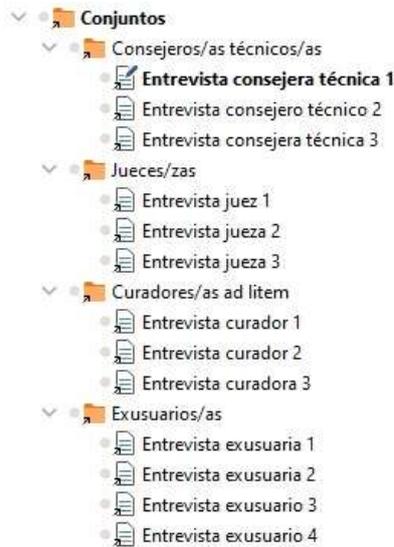
La información recolectada mediante las entrevistas realizadas se examina a través de un análisis de contenido temático que pretende explicar y sistematizar la información de los mensajes transmitidos por los entrevistados para efectuar deducciones lógicas justificadas y objetivas (Andreú, 2002, pp. 3 y 4) sobre la dimensión de involucramiento de NNA en los procedimientos judiciales chilenos sobre aplicación de medidas de protección, en este caso.

Con tal propósito, la información contenida en las transcripciones de las entrevistas es procesada utilizando el software MAXQDA, que permite analizar unificadamente todas las entrevistas.

Los pasos seguidos en el software MAXQDA para el procesamiento de datos son los siguientes:

- a. Agrupación de las transcripciones en cuatro conjuntos de documentos según el tipo de interviniente entrevistado, como se observa en la siguiente ilustración:

Ilustración 11: Conjuntos de transcripciones según el tipo entrevistado, en MAXQDA



Fuente: Extraído del software MAXQDA

- b. Creación de cuatro códigos iniciales que coinciden con las categorías temáticas principales de la pauta de entrevista individual: (i) Aspectos generales de la participación de NNA en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, (ii) Conocimiento por parte de los profesionales de las opiniones del NNA sobre las posibles decisiones y la decisión finalmente tomada, (iii) Presencia del NNA en el momento que se toma la decisión y (iv) Consideración de su perspectiva en la fundamentación de la decisión).

La siguiente ilustración muestra el sistema de códigos principales y la asignación de un color diferente a cada uno para su identificación:

Ilustración 12: Códigos temáticos principales en MAXQDA

Sistema de códigos		783
>	Aspectos generales	185
>	Opiniones	285
>	Presencia	98
>	Consideración	107

Fuente: Extraído del software MAXQDA

c. Creación de tres subcódigos dentro de cada código principal, que coincide con las tres subcategorías de la pauta de entrevista: elementos emergentes, problemas y mejoras.

- El subcódigo «Elementos emergentes» reúne los extractos sobre percepciones, opiniones y experiencias personales de los entrevistados respecto a cada una de las categorías principales en los procesos judiciales protectores.
- El subcódigo «Problemas» reúne los extractos sobre los obstáculos identificados por los entrevistados que dificultan la concreción de cada una de las categorías principales en los procesos judiciales protectores.
- El subcódigo «Mejoras» reúne los extractos sobre los factores o prácticas identificadas por los entrevistados que facilitan la concreción de cada una de las categorías principales en los procesos judiciales protectores.

Tras la codificación de los datos, se llevó a cabo un análisis temático o de contenido como método para identificar y analizar patrones en los datos cualitativos. Según Clarke y Braun (2013, p. 2) el análisis temático funciona bien con las experiencias o comprensiones de las personas y la construcción de fenómenos en contextos particulares.

A modo de síntesis, el plan de análisis consistió en lo siguiente. En primer lugar, se transcribieron las entrevistas y se anonimizaron. Luego, se leyeron de forma independiente para obtener una comprensión profunda de los textos.

Posteriormente, las transcripciones se codificaron utilizando el programa MAXQDA. Para ello, se creó el sistema de códigos principales y subcódigos mencionado que permitió clasificar extractos de los relatos de los entrevistados mediante un trabajo de análisis de contenido, recogiendo la información relevante para los objetivos de este estudio.

El siguiente paso consistió en identificar dentro de los subcódigos temas relevantes que fueron tratados transversalmente por varios entrevistados y de distintos perfiles. Este análisis de contenido condujo a la construcción de temas independientes en cada una de las tres subcategorías (elementos generales, problemas y mejoras) de las cuatro categorías temáticas principales (aspectos generales, conocimiento, presencia y consideración), incluyendo la cita de los extractos rescatados para ilustrar las conexiones entre el dato bruto y el tema, tal como se expone en el capítulo 6 de este trabajo.

Para el análisis y la discusión final, los resultados expuestos se perfilaron y analizaron integradamente, revisando la literatura y la normativa correspondiente.

Esto permitió definir y nombrar en los capítulos 7 y 8 los asuntos transversales y más destacados que arrojaron los datos recogidos sobre la forma en que se hace efectiva la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, abordando tanto sus aspectos generales como sus problemas y recomendaciones de mejora.

5.4.7. Consideraciones éticas

Previo a la realización de la entrevista, cada una de las personas suscribió voluntariamente un documento de consentimiento informado, mediante el cual tomó conocimiento de los objetivos y la motivación del estudio, las razones del interés en su participación, el procedimiento de la entrevista, el derecho de retracto en todo momento, el tratamiento de datos y la información de contacto con la investigadora, finalizando con una declaración expresa de consentimiento suscrita tanto por la persona entrevistada como por el entrevistador, quedando una copia del documento en poder de cada parte. El modelo del consentimiento informado forma parte de los anexos públicos (Anexo B) y cada uno de los consentimientos informados suscritos por los entrevistados se encuentran en la carpeta digital de anexos confidenciales de este estudio (Anexo D).

En cuanto al tratamiento de datos, se declara que toda la información proporcionada tanto en la ficha de datos como en las entrevistas será confidencialmente recogida en un archivo protegido con clave en el computador personal de la investigadora responsable. Cuando los resultados sean presentados en la tesis serán reportados anónimamente, resguardando los datos identificatorios y sensibles, tanto personales como laborales.

Las entrevistas fueron transcritas por una persona contratada especialmente para aquel efecto, la cual suscribió un acuerdo de confidencialidad respecto de la información a la que acceda y que forma parte de los anexos confidenciales de este estudio (Anexo F).

Los modelos de fichas de datos básicos de los entrevistados se encuentran en los anexos públicos (Anexo C) y cada una de las fichas completadas por los entrevistados forma parte de los anexos confidenciales por contener información sensible (Anexo E).

Finalmente, se manifiesta que la información contenida en las transcripciones y en los audios de las entrevistas será eliminada cuando el grado académico haya sido otorgado, haciéndose envío al correo electrónico de cada persona entrevistado el texto íntegro de la tesis, para su conocimiento.

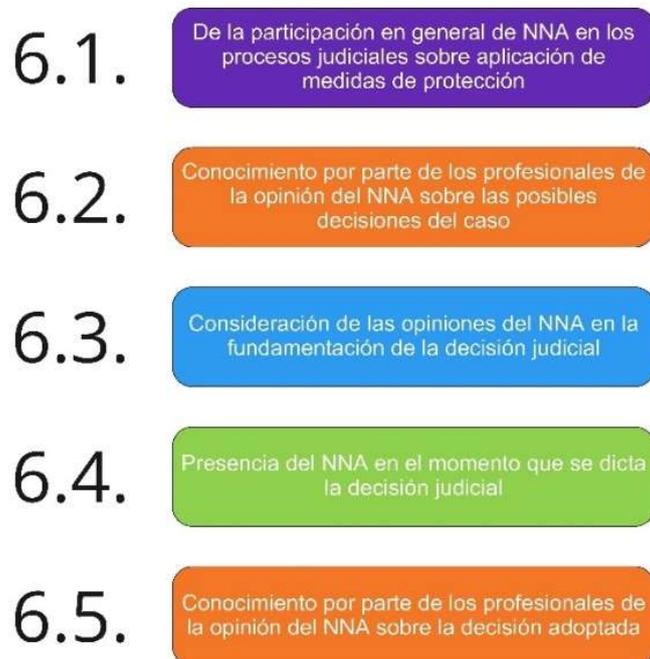
6. RESULTADOS

En los siguientes apartados se expondrán los resultados derivados del procesamiento y análisis cualitativo de las entrevistas realizadas, dividiéndolos, en primer lugar, en las cuatro categorías principales de análisis definidas previamente: aspectos generales de la participación del NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, conocimiento de la opinión del NNA sobre las decisiones, presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión y consideración de la perspectiva del NNA en la fundamentación de la decisión. Como se ha señalado, las últimas tres categorías corresponden a los elementos de la dimensión de involucramiento de la participación significativa, objeto central de este estudio.

Dado que la segunda categoría -a saber, conocimiento de la opinión del NNA sobre las decisiones- distingue dos momentos procesales temporalmente distintos: conocer la opinión del NNA antes y después de la dictación de la decisión, y, con la intención de facilitar la comprensión de los resultados, estos serán presentados diferenciando aquellos momentos en que se debe conocer la opinión del NNA.

Por ello, tras separar estos dos momentos del conocimiento de la opinión del NNA sobre las decisiones, se presentan los resultados de las categorías ordenándolas temporalmente según el itinerario procesal regular del procedimiento sobre aplicación de medidas de protección, siguiendo la siguiente estructura:

Ilustración 13: Categorías principales ordenadas temporalmente para la exposición de los resultados



Los colores de cada categoría principal corresponden a los asignados a aquellas en el plan de análisis (apartado 5.4.6). El color naranja se repite por tratarse del mismo requisito –a saber, que los profesionales conozcan la opinión del NNA– evaluado en distintos momentos del proceso judicial –antes de tomada la decisión y después de adoptada la decisión proteccional–.

Respecto de cada una de las categorías principales se describirán los resultados extraídos tras el análisis temático de las entrevistas realizadas, distinguiendo entre las subcategorías definidas en el plan de análisis: elementos emergentes, problemas y mejoras, y se expondrán los extractos de entrevista que sustentan la observación evidenciada.

6.1. De la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección

La sección aspectos generales de la participación de la pauta de entrevista tuvo por finalidad recoger las opiniones de las personas entrevistadas sobre el derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección en Chile y su ejercicio en los Tribunales de Familia, recopilando separadamente sus percepciones y opiniones generales sobre elementos que circundan el derecho a la participación de NNA en ese contexto judicial protectorial (elementos emergentes), los problemas que dificultan su concreción y las mejoras que facilitarían su efectivización.

6.1.1. Elementos emergentes de la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección

Tras el análisis cualitativo, destacan ciertos temas advertidos por los entrevistados respecto al derecho a la participación, en general, de los NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección en Chile y su ejercicio en los Tribunales de Familia. Estos se ilustran en el siguiente diagrama y se describirán a continuación:

Resultado 1: Elementos emergentes de la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección



Fuente: Elaboración propia

a. Alta valoración de la participación de NNA

Todos los actores manifiestan una alta valoración de la participación de NNA en los procesos judiciales en general, es decir, que expresan una percepción positiva del ejercicio de participación que pueden ejercer los NNA en el proceso judicial de controversias de familia y de las consecuencias que genera ello. Sin embargo, algunos advierten prevenciones, que varían según el rol y el grado de decisión que poseen ellos dentro del proceso judicial de aplicación de medidas de protección, en particular.

La mayoría de los exusuarios entrevistados expresan su deseo de haber participado más en el proceso judicial de aplicación de medidas de protección, por lo cual es posible concluir que consideran importante la participación de NNA en la instancia judicial.

“Me hubiese gustado participar, hubiese dado mis opiniones, mis intereses y quizás las cosas hubieran sido distintas.”

Exusuaría 1

“(…) el momento de la audiencia por lo menos para nosotras era importante porque creíamos que iba a ser nuestra opinión más escuchada, pero muchas veces cuando íbamos a la audiencia no entrábamos, entonces era como desilusión.”

Exusuaría 2

Por el contrario, solo uno de los exusuarios manifestó estar conforme con no haber participado del proceso debido a la angustia y la tristeza que le causaba la situación.

“(…) nunca me dieron ganas de saber qué estaba pasando ahí, porque igual era angustiante todo el proceso que estaba. Entonces yo prefería aislarme del proceso y me preocupaba de ir a jugar con los blocks y todas esas cosas del tribunal, nada más.”

Exusuarío 4

En cuanto a los profesionales entrevistados, los/as curadores/as ad litem manifestaron una alta valoración de la participación directa de NNA en los procesos judiciales a través de la realización de entrevistas reservadas, con la singularidad de considerar necesario, además, relevar su rol profesional de representantes del NNA para la concreción de este derecho en el proceso.

“Hemos sido muy claros. Estos son 8 estándares que se deben cumplir para representar judicialmente a un niño, niña o adolescente. En cuanto a los lineamientos de como tenía que ser esta cuestión yo era muy claro: no puede haber representación jurídica de niños sin participación mediante entrevista previa directa entre el abogado y el niño”

Curador ad litem 1

Entrevistadora: Entonces con lo que tú me cuentas, hay una valoración de involucrar al niño desde las primeras etapas del proceso, cuando llega a ustedes.

Curadora: Absolutamente. De hecho, cuando la Corte de Apelaciones empezó a rechazar causas en que no había nombramiento de curadores ad litem, los jueces, que ya tenían las causas andando, empezaron a nombrar curadores ad litem incluso en la etapa de audiencia de juicio. Nosotros por protocolo interno del programa no aceptamos causas que no vengan desde el inicio, es decir, desde la audiencia preparatoria. (...) no aceptamos causas cuando están en audiencia de juicio para no ser funcionales a un sistema con el cual no estamos de acuerdo y, tal como dices, nosotros tomamos contacto con el niño y lo involucramos desde el inicio.

Curadora ad litem 3

Finalmente, los/as consejeros/as técnicos y los/as jueces/zas declaran que valoran la participación de NNA en los procesos judiciales, sin embargo, tienen opiniones contrapuestas sobre los límites de esta participación debido a los eventuales efectos negativos que podrían impactar al NNA.

Así, por un lado, están quienes consideran la participación del NNA una instancia esencial e ineludible de todo proceso judicial que tenga por finalidad adoptar una decisión que afectará sus vidas.

“Sí, yo como te digo soy un convencido de la interpretación de la convención en términos amplios y en términos prepositivos y más bien permisivos, es decir, hay aquí un derecho de una persona y que como tal corresponde que todo el resto lo debe respetar, entonces el adulto aquí circundante lo que tiene que hacer es promover que el niño ejerza su derecho y prepararse para poder tomar la audiencia y no decir ‘no, tú eres muy chico o no tú no tienes habla o no a ti te representa este, etc.’, para mí esas cosas son limitantes.”

Juez 1

“Yo creo que es fundamental, es un trámite esencial el que las decisiones de los jueces que afecten la vida de un niño, niña o adolescente se lleven a cabo, se adopten con la participación activa de los niños, que ellos formen parte de las decisiones que nosotros adoptamos.”

“Para mí es fundamental, yo no concibo una decisión sin escuchar al protagonista, sin que el protagonista de la decisión opine, como que me cuesta entender el obligar o el imponer una decisión sin que el que va directamente a afectar esa decisión no participe, porque el padre y la madre de alguna forma han participado con abogados, solos, pero están ahí, han escuchado el debate, han escuchado las preguntas, han visto la prueba, pero el niño es el que va a sufrir la decisión, no ha participado de ninguna forma personalmente, entonces el no escucharlo para mí es imponer y creo que ninguna imposición puede ser justa ni puede ser favorable su cumplimiento si es que no va con la participación.”

Jueza 3

“Yo creo que todos los niños deben tener esa posibilidad y, por último, si no quieren, uno se lo pregunta, si no quieren hablar no hablan. Pero me parece que generar ese espacio de obligatoriedad, no es por obligatoriedad para el niño, porque la obligatoriedad en el fondo se le tiene que dar al poder judicial de generar este espacio para escucharlo. Si el niño no quiere ser oído, perfecto, está en su derecho de no ser oído también, pero no es posible que un niño que haya querido permanentemente escuchar y opinar respecto de su vida no tenga la posibilidad para hacerlo. (...) me parece que decir que “el niño se puede dañar o que es adultizarlo, etc.” es una posición súper cómoda también, porque, en el fondo, yo observo, lo excluyo, lo excluyo de la decisión que yo voy a tomar, no le informo pensando en que él va a estar tal vez menos adultizado, menos involucrado, menos dañado, pero en definitiva me parece que eso es pensar en mí, porque es una actitud egoísta de decir “voy a resolver respecto de tu vida sin saber lo que tú quieres para tu vida” (...)”

Consejero técnico 2

Por otro lado, están quienes declaran la importancia de la participación del NNA como principio general, sin embargo, consideran que debe limitarse por el estrés y la adultización que podría significar.

“Mira, como por principio general yo te diría que sí, que es súper importante tomar en cuenta al niño, lo que nos tenga que decir, darle como esa posibilidad de que él ejerza el derecho a ser escuchado. Pero, por otro lado, también me pasa que siento que esa instancia del tribunal es tan estresante para el niño, yo siento que no estamos como mundo adulto, y como Poder Judicial en particular, no estamos preparados para que esa experiencia no sea una experiencia estresante.”

Consejera técnica 3

“(…) empezamos a cuestionarnos que en realidad si el niño era sujeto de derecho, eso implicaba que tenía que participar del proceso judicial (...), pero no lo podemos hacer en todos los casos, ni todos los casos lo justifican ni lo ameritan, o sea, hay que tener presente eso, porque a veces cuando no se conoce el detalle, se piensa que debe haber una regla general de escucharlos a todos, eso no es así. Yo creo que eso es adultizar demasiado a los niños y va en contra del principio de la convención que los acerquemos al sistema judicial lo menos posible.”

Jueza 2

b. Escasa concreción de la participación

Todos los exusuarios indican que, en su experiencia personal, la participación fue escasa o nula, tanto respecto a las medidas de protección que fueron aplicadas como a en decisiones internas de la residencia u hogar donde vivían, identificando diversas razones que explicarían aquello.

Por un lado, manifiestan que los adultos simplemente tomaban las decisiones sin consultar la opinión de NNA.

“En los otros 2 hogares en los que yo estuve (...) nunca se me preguntó qué era lo que yo quería, qué era lo que yo necesitaba y las veces que yo lo hice saber tampoco se me tomó en cuenta.”

Exusuaria 1

“yo tampoco participaba mucho, era más bien los adultos quienes estaban llevando todo el caso, la verdad es que a mí me preguntaron muy pocas veces siendo más chica como qué es lo que quería yo realmente, pero ellos la verdad tomando la mejor decisión desde su punto de vista, lo que era mejor para mí.”

Entrevistadora: ¿sentiste o consideraste que participaste en algo en la toma de la decisión o en realidad eras materia dispuesta? ¿cómo te sentías?

Exusuaria: Algo, asistí a una audiencia en todos estos años y mi causa la verdad es que yo pedí muchas cosas, no muchas cosas, pero cosas que nunca vi, nunca me ayudaron, yo quise en un tiempo demandar, todavía, a mi papá con una pensión de alimentos y le pedí a [mi curador ad litem] también que me ayudara y todavía no hubo nada de eso.”

Exusuaria 2

“(…) visitábamos constantemente psicólogos en la OPD, Oficina de protección de los niños. Eso, íbamos a los juzgados, pero siempre de afuera (...)”

“(…) íbamos al tribunal, pero nunca tuve interacción con nadie, nos quedábamos en la sala de juegos o fuera de la sala donde se hacía la audiencia.”

Exusuario 4

Por otro, una de las exusuarias manifestó que la desprotección en que se encontraba la ponía en una posición debilitada o de riesgo al momento de querer participar y opinar sobre algún tema que le afectaba, por lo que ella misma se cohibía y censuraba al expresar su opinión.

“como yo era una niña desamparada, como no tenía ningún familiar cercano preocupándose de mí, [mis cuidadores] tomaban todas las decisiones sin preguntarme”

“(…) cuando iban a fiscalizar [el hogar], esta fiscalización nunca tenía un contacto directo con nosotras, siempre iba a fiscalizar como el establecimiento y tenía contacto con la psicóloga, la psicopedagoga y las religiosas, nunca directamente con nosotras. Porque lo que sucedía cuando iban estas personas es que nosotras éramos amenazadas, que teníamos que portarnos bien, que no teníamos que decir nada si es que ellos llegaban a hablar por nosotras, entonces obviamente como estábamos siendo amenazadas, nosotras teníamos miedo y no podíamos hablar porque después nosotras nos quedábamos ahí y el castigo seguía para nosotras.”

“¿A quién le podía contar yo que, por ejemplo, estaba siendo golpeada o que estaba siendo abusada si nadie me protegió? O sea, en el colegio a ningún profesor le importaba, ningún profesor me iba a llevar a su casa y a protegerme en su casa. A los carabineros cuando una vez me escapé, los carabineros nos trataron pésimo también, (...). Yo siendo tan pequeña ya sabía que existían las injusticias, yo sabía que no había interés por mí, entonces lo que hacía yo es que me quedaba callada, intentaba seguir mi vida como se podía no más.”

Exusuaria 1

Los profesionales entrevistados concuerdan en que, si bien la participación de los NNA en los procesos judiciales ha aumentado, especialmente a través del derecho del niño a ser oído en audiencias reservadas, en términos generales, aún el nivel de concreción del derecho a la participación es deficiente:

“(…) en general la escucha de los niños ha ido aumentando con los años. Originalmente los niños eran escuchados solo cuando el tribunal estimaba que era procedente hacerlo, perdiendo de vista que la convención ordenaba que siempre, es decir, no hay ninguna posibilidad de decidir cuándo, sino que uno puede arbitrar las medidas para que el niño ejerza su derecho, mas no poder limitarlo en el fondo.”

Juez 1

“Muchas veces yo creo que dentro del contexto judicial se han tomado históricamente muchas decisiones sin un análisis como un poco más profundo y también sin tener mucha sintonía con el niño, sino que solamente una intervención desde el área judicial muy segmentada sin incorporar también este elemento que es el protagonista. (...) pese a que la ley señala de manera permanente en el proceso que el niño tiene derecho a ser oído, hay muchos lugares donde eso no ocurre, donde las salas Gesell no son ocupadas, donde muchas veces por falta de tiempo o también me atrevería a decir por falta de sintonía con el sujeto de derecho (...). Yo siento que las resoluciones judiciales especialmente se toman en muchas oportunidades sin pedirle la opinión a los chiquillos.”

Consejero técnico 2

“Entonces si tú me preguntas ahora, es verdad que no podemos. O sea, uno involucra, curador para todos, es verdad que hay muchas deficiencias (...). (...) pero hay deficiencias porque a veces no pueden tomar contacto con los niños, no se puede entrevistar antes”

Jueza 2

“No, estamos más al debe.”

Jueza 3

“en general no siempre se considera en la fundamentación la voz de los niños, la opinión de los niños en las múltiples decisiones relevantes que se van tomando.”

Curador ad litem 2

c. Percepción positiva de los exusuarios que participaron, en alguna medida, del proceso de decisión

Los exusuarios que tuvieron alguna experiencia de participación de su proceso judicial, directa o mediada por su curador/a ad litem, la recuerdan de manera positiva, puesto que se sintieron escuchados en el proceso de decisión que afectó sus vidas.

“Acompañada de ellos la verdad, pero creo que he ido a 2 audiencias en todos estos años, la otra parte solamente han ido los trabajadores sociales, mi abogado, después no pude dar mucho mi opinión. [Mi curador ad litem] sí me preguntaba a veces lo que yo quería e intentaba ayudarme, [él] fue el que más me ayudó, desde que apareció [él] tuve como opción de participar, uno tiene abogado, entonces es más fácil, pero si no fuera por él creo que no me hubieran tomado mucho en cuenta, no hubiera sido como yo quería.”

“Sí y fui escuchada y me sentí obviamente muy bien, me sentí que fui escuchada por fin y que pude tomar una decisión por mi propia cuenta, con ayuda, pero fue una decisión la cual salió de mí y no de alguien más.”

Exusuaria 2

“(…) yo tuve varios psicólogos allá en la OPD, lo había conversado con el psicólogo y yo le había mencionado a ellos, igual que a mi mamá, que la única manera en que yo me fuera tranquilo a un hogar era que me llevaran junto con mi hermano chico (...). (...) y ahí nos trasladaron a los dos juntos. (...) yo diría que se respetó mi opinión y me sentí bien por eso, sentí que participé.”

Exusuario 4

Sin embargo, advierten que por su corta edad muchas veces se sintieron desorientados respecto a qué expresar u opinar. Además, expresan el temor de que la participación de NNA podría ocasionar impactos negativos en ellos por encontrarse en etapa de desarrollo, aunque también consideran que aquello dependería de la personalidad de cada NNA.

“(…) igual yo creo que hay niños que son más sensibles y pueden afectarle mucho más las cosas que pueda escuchar o ver si participa, pero sí hay niños que tengan, quieran, por lo menos que entren acompañados por una persona que esté capacitada para esas ocasiones porque sí he visto que muchas chiquillas que a veces dicen lo mismo: “que yo quiero ir a una audiencia” y es lo mismo porque ellas tampoco se sienten escuchadas, sienten que no pueden dar su opinión, entonces en el momento de la

audiencia por lo menos para nosotras era importante porque creíamos que iba a ser nuestra opinión más escuchada, pero muchas veces cuando íbamos a la audiencia no entrábamos, entonces era como desilusión.”

Exusuaria 2

“Obviamente sí [me hubiera gustado participar más], pero si era tan chico no creo que hubiera podido haber tomado una buena decisión.

(...)

Yo creo que preguntarle a un niño de 5 años no está mal, pero no creo que sirva mucho para tomar una decisión porque al fin y al cabo el niño no va a saber qué va a estar pasando, por qué quizás le están quitando a sus padres, no lo va a lograr entender, “¿sabes qué? tu papá le está pegando a tu mamá, tu papá no tiene cómo mantenerte”, el niño no va a tener idea, lo único que quiere un niño es jugar, distraerse, etc., pero sí creo que durante el proceso en el que uno está desde quizás los 5 años, quizás que le pregunten a los 8 cuando ya quizás tiene un poco más de voz para poder opinar: “yo quiero esto, a mí me gusta esto”, pero no tuve esa opción, a los 8 años no tuve la opción de: “existe la opción de que te vayas con tu tía”.”

Exusuario 3

d. Percepciones disímiles de los profesionales sobre la experiencia participativa del NNA en los procesos judiciales

Los profesionales tienen percepciones diferentes sobre la experiencia del NNA cuando participa en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección. Por un lado, una consejera técnica asevera que los NNA se muestran ansiosos, nerviosos y asustados por la conflictividad entre adultos que implica el proceso judicial y su posición más disminuida en aquel.

“Ahí ve el conflicto entre los adultos, in situ, no sabe si acercarse al otro papá porque a lo mejor la mamá no quiere que se acerque, si se da todo eso ahí previo a declarar ante el juez y ante, digamos, la psicóloga. Los adultos probablemente tampoco le han podido explicar muy bien en qué consiste esto o probablemente han tratado de presionarlo para que dé una declaración en un sentido o en otro, entonces el niño llega con una carga digamos emocional súper fuerte.”

Consejera técnica 3

No obstante, la misma consejera técnica observa que, una vez terminada la instancia de participación los NNA, se retiran mucho más relajados y tranquilos.

“Finalmente la mayoría de los niños se van como más tranquilos, más relajados porque yo creo que también un poco aliviados por la situación”
“(...) yo siento que se van más aliviados porque ha terminado y también porque a lo mejor lo que ellos pensaban que era tan terrible no lo fue tanto.”

Consejera técnica 3

Por el contrario, los curadores ad litem perciben que los NNA experimentan, en general, una situación positiva al participar en el proceso judicial.

“Los chicos, en general, del sistema proteccional (...) tú les explicas cuestiones "mira, lo que pasa es que tú además..." y lo recepcionan bien.”
Curador ad litem 1

“Sí, en general tienen una buena experiencia de participación los niños y adolescentes.”
Curador ad litem 2

“Cuando están en condiciones de entender bien qué es un abogado, qué es un juicio, qué es lo que está en juego, qué es lo que se va a decidir o no, etc., ahí absolutamente su experiencia al participar del proceso es muy buena.”
Curadora ad litem 3

e. Consentimiento como requisito esencial para la participación directa

Todos los intervinientes identifican el consentimiento del NNA como un requisito esencial para su participación en el proceso judicial. Algunos incluso indican que la negación del NNA a participar directa y personalmente en el proceso judicial es una de las formas de ejercer también su derecho a ser oídos, manifestando su oposición a participar.

“(...) sobre todo si el niño quiere, porque hay niños que definitivamente no quieren, de repente va y no quiere hablar, no me ha pasado todavía que no hayan hablado nada, pero sé que a colegas les ha pasado que entran a la sala y salen en blanco. (...). Si el niño no quiere ser oído, perfecto, está en su derecho de no ser oído también, pero no es posible que un niño que haya querido permanentemente escuchar y opinar respecto de su vida no tenga la posibilidad para hacerlo.”
Consejero técnico 2

“(...) tengo un caso súper claro y el niño es grande, pero fue súper enfático y le dijo al curador lo que quería y a veces yo incluso le pregunto al curador: “¿tu representado quiere hablar con el juez?”, y muchos dicen que no porque ya hablaron con el curador, entonces ahí hay que respetarlo también.”
Jueza 2

“Si es muy duro, yo creo que en esos casos debería evaluarse la situación, a ver si primero el niño quiere participar, segundo si puede y tercero si debe.”
Exusuaria 2

“Así como muchas veces, y eso lo tenemos claro nosotros en los estándares, también tienen derecho a no querer opinar, ni siquiera reunirse con nosotros. Yo he tenido un par de casos en que me dicen “sabes que no quiero saber ni antes ni después, solo cuando se tome la decisión, no me quiero meter”. Están chatos de la conflictividad familiar. Y ok, perfecto, no lo puedo obligar a opinar, también eso es parte de su propia libertad (...)”
Curadora ad litem 3

f. Importancia del vínculo de confianza para la participación del NNA

Algunos exusuarios indicaron que para lograr una mejor participación de NNA es deseable que exista un vínculo de confianza entre aquel y el profesional.

En su experiencia, los profesionales con los cuales pudieron expresar más sus opiniones sobre las medidas de protección o sobre las situaciones que les estaban afectando eran los psicólogos y los trabajadores sociales que trabajaban en las residencias o la Oficina de Protección de los Derechos, y no así los abogados, en general.

“(…) me pasó que tuve este tipo de profesionales cerca de mí y me pude abrir, pude hablarlo, pude conversarlo y pude decir “yo quiero esto, no quiero esto” y pude conversarlo con ellos, pero porque me dieron la confianza, confié en ellas. (…) fueron una psicóloga y una asistente social que con suerte las conocí 6 meses y nada más, pero fueron lo suficiente 6 meses para que ellas pudieran descubrir en mí y decirme cuáles habilidades yo tenía, como recalcar mis habilidades, un refuerzo positivo”

“La palabra abogado para un niño no sirve de nada, no es una palabra fuerte, no es como una palabra: mamá, papá, tío, abuelo, no es una palabra como esas. Si no logra generar confianza, entonces el abogado no le sirve de nada si no genera un vínculo con él.”

Exusuaria 1

“Los dos grandes hitos que se marcaron en el hogar, el año 2000 al 2015, fueron el tío Cristián que fue un psicólogo que él tomaba a los residentes y los entraba a la oficina y decía “oye, cuéntame cómo estas, qué te pasa”. Noss hacía evaluaciones él y no sé, tuvimos confianza en él y eso nos hacía hablar más y opinar.”

Exusuaria 3

Solo una de las exusuarias entrevistadas contó con representación judicial, siendo este el único caso en que el curador ad litem fue el vínculo de confianza que motivó su participación en el proceso judicial.

“[El curador ad litem] siempre me escuchaba, me decía que me iba a apoyar y a ayudar en lo que yo quisiera. Siempre tuve bastante confianza con él, tuve un buen vínculo y me ayudó mucho a opinar más y tener ganas de participar.”

“[Mi curador ad litem] sí me preguntaba a veces lo que yo quería e intentaba ayudarme, [él] fue el que más me ayudó, desde que apareció [él] tuve como opción de participar, uno tiene abogado, entonces es más fácil, pero si no fuera por él creo que no me hubieran tomado mucho en cuenta, no hubiera sido como yo quería.”

Exusuaria 2

Un/a curador/a ad litem identificó la falta de vínculos fuertes como un factor común de los NNA que experimentan el sistema proteccional, razón por la cual considera que la construcción de vínculos de confianza entre aquellos y los profesionales es central para promover la participación del NNA en el proceso judicial.

“A diferencia del mundo penal juvenil, que es el mundo que yo conocía más fuertemente, donde tú lo que tienes básicamente hasta el día de hoy es un chico infractor que el 90% de las veces tenía muchas ganas de hablar y de contarte cosas y te da muchos detalles, muy florido el lenguaje y a veces incluso que disfruta al contarte, escuchar; acá [en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección] lo que tú tienes son chicos que tienen serios problemas vinculares, por eso en alguna medida están acá. Hay una pérdida de un vínculo con su principal cuidador, están estos vínculos muy extraños a veces, muy dañosos

en nuestro entorno, por lo tanto, la figura de un adulto en el cual él pueda confiar es una figura ajena a su vida, por lo tanto, no es que luego yo y me empiecen a contar todas las cosas (...)"

"(...) es valioso, muy valioso, escuchar lo que el niño nos puede pedir. Pero eso el juez no lo hace, los tribunales no tienen el tiempo para que el niño logre construir una petición y una pregunta, para hacer eso el niño requiere información, requiere vínculo. Ese niño que quería que el tribunal supiera que le están pegando, lo estaba pasando mal, él ya había construido una relación con nosotros y también tenía relación con el hogar, no culpaba al hogar, culpaba a los otros niños, entonces él tenía un entorno que le permitía hacer una petición, le permitía porque él estaba seguro, pero necesitaba decirlo, necesitaba decirle al tribunal "para esta cuestión". Pero ese trabajo previo nadie lo logra hacer, entonces los niños no logran hacer peticiones o lo hacen a veces como de último minuto "¿le quieren decir algo más al tribunal?", entonces el chico tiene que pedir algo, pero eso es una cuestión súper frívola, súper periférica. (...) sí creo que sería bueno inventar canales, inventar mecanismos para que efectivamente logren salir esas peticiones del niño y que sea el niño en el fondo."

Curador ad litem 1

Los/as curadores/as ad litem entrevistados/as compartieron estrategias que utilizan en el ejercicio de su labor y que perciben positivamente para la construcción del vínculo de confianza con el NNA representado.

En primer lugar, indican que conocer y generar un vínculo con su representado no implica solo entrevistarse con él, sino que, también, conocer y observar su contexto y su desenvolvimiento en el entorno donde habita, debiendo para ello realizar visitas más extensas y cotidianas a aquellos lugares.

"Nos parece que hay que tener otro tipo de instancia, en algún tiempo cuando yo tenía más chicas en una residencia, llegaba a almorzar al día, al día de la visita que yo iba y el almuerzo me permitía desde ver cómo es la comida, que era muy buena comida, hasta ver el tipo de trato o la relación, otro tipo de factores contextuales que algunos otros colegas, por ejemplo, que solamente van a la entrevista con una niña, se van a alguna oficina, salen para allá y se mandan a cambiar, no logran darse cuenta entonces de factores que son, a mí parecer, extremadamente significativos. (...) eso solamente es posible porque aparte de leerme el expediente, yo la veo en otro momento, miro para el lado cuando estoy almorzando y me doy cuenta que la cabra es malandra, es agresiva con otras compañeras."

Curador ad litem 1

"(...) más bien tenemos como la distinción entre quizás entrevistar a un niño y observar cómo se desenvuelve, observar el entorno en el que está, observar cómo se relaciona con ese entorno, cómo se contacta o no con los adultos que vive, etc. Y eso no solo con los niños muy pequeños, sino que, con niños, niñas, adolescentes que en la comunicación oral no es lo suyo por situaciones de discapacidad."

Curador ad litem 2

Una consejera técnica destacó una experiencia positiva cuando, en un caso particular, para efectos de elaborar su opinión técnica tuvo la necesidad y oportunidad de conocer el contexto familiar y escolar de una niña, observando su desenvolvimiento en dichos espacios. Indicó que la observación directa del contexto

mejoró en gran medida la asesoría biopsicosocial que pudo transmitirle al juez, resultando esencial este aspecto en la resolución final del proceso judicial.

“Entrevistadora: En esas causas justamente que lograron ese nivel de involucramiento, me contabas de esta chica que fuiste donde el papá, la mamá y después al colegio, que viste cómo se desenvolvía, ¿fue clave para ustedes tener ese nivel de conocimiento de la niña o del niño?

Consejera técnica: Muy importante porque contrataba demasiado de las descripciones, las definiciones que habían hecho los profesionales que habían evaluado el caso, o sea era muy distinto a lo que hacía el papel de lo que nosotros vivimos en la práctica.

Entrevistadora: Ah, era distinto, se desajustaba.

Consejera técnica: Sí, era muy distinto lo que aparecía en el papel, se alejaba de lo que nosotros vimos en la práctica entonces eso nos permitió también tener una mirada mucho más integrada en la situación del niño y también influyó mucho en la decisión que tomamos porque las dinámicas vinculares es súper importante observarlas, no basta con que estén descritas en el papel, tú puedes observar cómo un niño logra regularse emocionalmente o desregularse frente a un adulto, cómo el adulto resuelve ciertas situaciones que se presentan, porque evidentemente que en cualquier entrevista que es en un contexto más informal van a ocurrir situaciones, son propias de la vida diaria y tú vas viendo cuáles son sus estrategias, sus recursos, cómo el niño reacciona. Por ejemplo, imagínate en un caso donde llega una jueza y un consejero técnico a tu casa, o sea tú tratas de mostrar la mejor imagen posible, que esté todo súper ordenado y estructurado y si el niño se sale de ese contexto ver cómo actúa el adulto, si el niño se desregula ver cómo actúa el adulto, todo eso lo puedes observar y es súper importante eso a diferencia de llevar al niño al tribunal y sentarlo en una silla frente al estrado y que el niño en ese contexto hable, es muy diferente.

Consejera técnica 1

g. Pluralidad de instancias en que puede participar el NNA, directa o indirectamente

Los entrevistados indican que existen varias vías por las cuales los NNA pueden participar en el proceso judicial. Dentro de estas instancias se distinguen las formas de participación directa y las formas de participación indirecta del NNA.

Se denomina participación directa a la modalidad en que el NNA ejerce su derecho a la participación en el proceso judicial expresando su opinión en persona, presencial o virtualmente, frente a los profesionales del Tribunal de Familia, especialmente el juez.

Los entrevistados consideran a la audiencia reservada como la instancia regulada por excelencia para lograr este objetivo. En esta, el NNA puede expresar sus opiniones sobre las eventuales decisiones proteccionales que podrían decretarse directamente ante el juez.

Dado que su citación es potestad facultativa del juez, algunos la realizan especialmente cuando se trata de casos complejos y otros en la mayoría de los

casos por considerarla un trámite esencial del proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección.

“Como te digo, cuando uno sabe efectivamente que se trata de un caso complejo, desde un principio uno citó al niño, lo escucha en la audiencia reservada en presencia del curador.”

Jueza 2

“(…) pero yo siento que es esencial y yo creo que es un trámite esencial, yo creo que es un derecho fundamental a que participe en el proceso, entonces por regla general, yo lo pido, yo ordeno que sea oído.”

Jueza 3

De la concepción tradicional de una audiencia reservada los entrevistados desprenden que aquella se realiza mayoritariamente mediante una modalidad de diálogo directo entre el NNA y los profesionales, asociándola literalmente al ejercicio del derecho del niño a ser oído. Por ello, en general, los jueces la decretan cuando se trata de NNA que tienen desarrollada la capacidad de comunicarse verbalmente.

“Derechamente se cita al niño a la audiencia reservada en una primera resolución si es que es necesario citarlo para dialogar, (…).”

Consejero técnico 2

“La segunda cuestión es escuchar opiniones del niño que a mí me parece mucho más interesante. Escuchar lo que el niño cree de algo, eso me parece muy interesante.”

Curador ad litem 1

Los entrevistados señalan que, por regla general, la audiencia reservada se realiza el mismo día de la audiencia de juicio para evitar que la decisión sea tomada por un juez distinto al que escuchó, interactuó y observó al NNA directamente. Esta forma de proceder se funda en la existencia de la regla de radicación que opera en los Tribunales de Familia, establecida en el artículo 66 bis de la LTF, según la cual, si el juez ante quien se celebró la audiencia de juicio, habiendo recibido la prueba rendida, no pudiera por alguna causa legal (licencia médica prolongada, fallecimiento u otra causa justificada) dictar la sentencia, deberá celebrarse el juicio de nuevo. Esto significa que la causa queda radicada para dictar la sentencia en el juez que presidió la audiencia de juicio.

Por ello, si la audiencia reservada fuese realizada en audiencia preparatoria o en otra audiencia independiente previa a la audiencia de juicio, citada solo para tal efecto, la sentencia podría ser dictada por un juez que no escuchó directamente al NNA en la audiencia reservada, cuestión que los Tribunales de Familia intentan evitar.

“En la generalidad, el niño es oído en etapa de audiencia de juicio, porque, en definitiva, es en ese momento en que el juez va a dictar la resolución y en esa oportunidad el juez, que está en la sala, es el que va a resolver, por lo tanto, se evita escucharlo antes como medio de prueba porque si es escuchado por

otro juez y ese juez era suplente y se fue, esa entrevista va a quedar sin valor (digamos, probatorio) y eventualmente el niño tendría que volver a ingresar al tribunal, entonces generalmente se hace en la audiencia de juicio.”

Consejero técnico 2

En segundo lugar, existen otras instancias de participación llamadas indirectas que consisten en que el NNA expresa sus opiniones mediante un tercero profesional, que transmite su parecer al Tribunal de Familia.

“Yo diría que como el interés manifiesto solo está reflejado, representado a través de las entrevistas que hacen las instituciones, la OPD, el DAM y donde los niños expresan lo que a ellos les pasa, lo que les gustaría.”

Consejera técnica 1

Uno de los profesionales a través de los cuales los NNA participan indirectamente en los Tribunales de Familia son los curadores ad litem.

“(…) los curadores ya se han contactado con los niños, los han ido a ver a la oficina o lo han llamado telefónicamente y también saben un poco de qué se trata, así que eso es lo que uno se va haciendo la idea de un poco de lo que el niño cómo está percibiendo el proceso judicial y qué es lo que quiere en realidad.”

Jueza 2

“Entonces, ¿cómo llega el Tribunal a conocer? A través de nuestro relato, desde la audiencia preparatoria, por eso te decía que nosotros no vamos a una audiencia sin tener entrevista con el niño, lo hacemos al inicio (…).”

Curadora ad litem 3

“De hecho, en algunas situaciones puntuales, cuando hay niños que tienen situaciones de mucho daño o que han estado muy afectados por algo en particular, se hace esta devolución y se les explica, se les pregunta “¿qué te parece?”, sobre todo por parte del curador. Por ejemplo, cuando trabajábamos presencial (antes de la pandemia), solía ocurrir que la gente, los padres, llevaban a los niños a los tribunales pensando que probablemente sería necesario esto o serían entrevistados por el juez y, como eso no ocurría, pero el curador siempre estaba presente, antes de la audiencia el curador pasaba a una salita y conversaba con el niño, era como muy habitual y el curador le explicaba: “mira, sabes que los informes dicen que es importante que tú vayas a una terapia de este tipo y tu papá y tu mamá, ¿qué te parece a tí? ¿qué opinas?, y luego el curador nos comentaba que ese era el parecer del niño, esa era una práctica que se daba no porque estuviera de esa manera instaurada, pero ocurría por lo que te explique antes, porque la gente creía o pensaba que tenían que llevar el niño y el curador estaba presente en la audiencia, entonces se daba la posibilidad de que hablara mediante su curador.”

Consejera técnica 1

Otros de los profesionales que median la participación indirecta del NNA en el proceso judicial son los peritos técnicos psicosociales, que emiten informes periciales luego de reunirse con el NNA y recoger su opinión.

“(...) visitábamos constantemente psicólogos en la OPD, Oficina de protección de los niños. Eso, íbamos a los juzgados, pero siempre de afuera, nunca supimos nada más allá de los resultados y mi mamá tampoco nos quería decir mucho del proceso que llevábamos, los psicólogos contaban cosas de eso.”

Exusuuario 4

“Pero en la mayoría y la totalidad de los casos, la opinión del niño nos llega nosotros a través de los informes, primero, por ejemplo, en el requerimiento cuando lo interpone, por ejemplo, el establecimiento educacional o los adultos que están preocupados por la situación del niño o la OPD, ellos recaban la opinión del niño para hacer la solicitud al tribunal. Luego, a través de los informes diagnósticos, de pericia también se tiene presente la opinión del niño, esa es como en la mayoría de los casos funciona así.”

Consejera técnica 1

No obstante, las consejeras técnicas entrevistadas manifestaron el riesgo que importa la presunción de calidad de estos informes, por lo que recomiendan que no sea el único método para conocer la opinión del NNA en el proceso judicial.

“Además también está como el tema de considerar que el niño pueda hablar por otras vías. Igual ahí tú te pegas un salto porque efectivamente, por ejemplo, los jueces dicen “el niño puede hablar a través de la pericia” que le hacen digamos en el DAM, pero ahí también tú te cuestionas cuán buena fue esa pericia, si está bien realizada, porque ahí tú te pegas el salto como el de confianza, o sea, como ya el niño habla a través de la pericia, pero ahí tú estás suponiendo que esa pericia está bien hecha, que el perito escuchó al niño, que hizo la entrevista en buenas condiciones, de partida tiene más condiciones para hacer una entrevista en mejor medida que nosotros porque obviamente tienen un setting, o sea como un lugar físico donde atenderlo, tiene más tiempo, pueden aplicar test, conversar con el niño, entonces muchos dicen “ok, digamos que el psicólogo del DAM conversó con el niño, el niño le contó, el niño puede hablar a través de esa experiencia”, entonces desde ahí como que se toma la opinión.”

Consejera técnica 3

Las instancias de participación señaladas hasta aquí se encuentran reguladas legalmente. Sin embargo, los profesionales identificaron una instancia de participación no regulada consistente en que, minutos antes de una audiencia, el consejero técnico abre una instancia de reunión informal en que asiste el curador ad litem, que da cuenta de la opinión del NNA al consejero y este al juez.

“Entrevistadora: Y cuando me decías que hablabas con los consejeros técnicos, ¿esto era antes de entrar al hogar?

“Entrevistadora: Entonces el primer elemento, el primer tema, van a ser preguntas relacionadas a tu opinión respecto de las medidas que se tomaban y ahí te voy a poner primero en 2 escenarios. Sobre el primero, te quiero consultar si antes que se tomara la decisión de llevarte al hogar, que, en tu caso entiendo que es desde los 13 a los 15 años cuando se intentaba mejorar la situación con tu padre, cuando pasaste por otras familias, si en ese momento te consultaron la opinión respecto de con qué familia querías estar, si querías persistir con tu padre, ¿hubo ahí algo desde algún abogado o alguien, asistente social o quien se estaba haciendo cargo en ese momento?

Exusuaria: Hablé solamente con consejeros técnicos a la hora de preguntarme cosas así. Antes de Nicolás no tenía abogado, siempre cuando iba a una audiencia, antes de hablar conmigo en la misma audiencia tenía que hablar con él.

Entrevistadora: Y eso, ¿cuándo pasaba?

Exusuaria: Antes de la audiencia

Entrevistadora: ¿Dónde se daba? ¿en un pasillo o era en la sala?

Exusuaria: En una oficina.

Entrevistadora: Y ahí entrabas tú, ¿con quién más entrabas?

Exusuaria: Sola.

Entrevistadora: ¿Qué te preguntaba él?

Exusuaria: Qué era lo que yo quería, cómo yo me sentía, qué es lo que pensaba.”

[Exusuaria 2](#)

“(…) en la mayoría de las causas se intenta que las partes lleguen a acuerdo. Y en esa fase, te citan por ejemplo a audiencia miércoles a las 9:30 de la mañana, y a las 9:30 no parte la audiencia, sino que el consejero técnico va con las partes y trata de ver si hay una solución colaborativa o alternativa de resolución del problema. Ahí el consejero técnico tiene un súper rol. Y ahí el curador lo que tiene que hacer es que en ese acuerdo la voz del niño sea escuchada, considerada y respetada. Sobre todo, cuando se trata de cosas que le afecten, temas de ver o no ver al papá o a la mamá, temas de relación directa y regular, que se ven en causas de protección, o quien va a quedar como custodio.”

[Curadora ad litem 3](#)

h. Diversidad de métodos de los profesionales para recoger la opinión de NNA según edad y condiciones particulares

Los profesionales entrevistados expusieron diversos métodos que utilizan para comunicarse y recoger las opiniones de los NNA en los procesos judiciales dependiendo de su edad o si presentan ciertas condiciones particulares.

Respecto a NNA de corta edad, entre 3 y 5 años aproximadamente, las juezas manifestaron utilizar métodos de observación de su comportamiento y desenvolvimiento relacional con sus cuidadores o vínculos significativos. Asimismo, indicaron haber utilizado el dibujo y el juego como medios para la expresión del NNA.

“(…) es una niña inmigrante que estaba con unos cuidadores chilenos y la verdad es que estaban muy conflictuados, no querían entregársela al papá haitiano, y estaba muy complejo porque ellos decían que no tenía vínculos, entonces había que ordenar la reunificación familiar, pero la niñita ni siquiera recordaba a su mamá ni a su papá, o sea los cuidadores habían borrado completamente la historia de esta familia, ella ni siquiera se daba cuenta que era negra, o sea era como que borraba como completamente su historia, identidad. Entonces a mí se me ocurrió hacer la audiencia, traer a la mamá con la hermana y ver cómo se comportaba con ellas y una profesional de FAE que estaba guiando esto porque yo necesitaba saber si en

realidad..., porque uno no puede llegar y sacar a un niño de un contexto y enviarlo a otro del cual no conoce nada, podría ser peor el remedio que la enfermedad, fue súper positivo porque me permitió hacer eso, hice varias sesiones de vinculación, yo las observaba desde la sala Gesell que nos permite ver por fuera.”

Jueza 2

“Recuerdo que tuve dos niños que habían sido adoptados, tenían como 3 y 4 ó 4 y 5 años, eran muy chicos, y se había denunciado maltrato por parte de los padres adoptivos, entonces habían vuelto a la residencia. Yo quería saber si tenían miedo de los padres adoptivos, si había una vinculación, porque más bien el papá los había maltratado, pero no la mamá. Los cité a una audiencia cerrada y la consejera que iba ahí que hiciera unos dibujos y en el dibujo, en el relato espontáneo, apareció la figura de la mamá. Ahí yo me voy quedando un poco más tranquila de que hay una internalización de la familia, entonces también me entrega más información importante.”

Jueza 2

“Yo sigo la convención, aunque parezca cliché, pero realmente la sigo y no tengo edad mínima para entrevista, o sea, todos los niños tienen derecho a ser oídos y ser oído no es sinónimo de ser escuchado, también puede ser oído a través de un lenguaje no verbal, entonces hemos realizado entrevistas con el consejero técnico que lo único que queremos ver es el vínculo en la relación de lenguaje no verbal o de cercanía o si el niño explora, si tiene 2 años y tú lo dejas ahí y tiene la capacidad de explorar, tiene la capacidad de no llorar, de mantener una lejanía, de esperar, son factores que se esperan del desarrollo evolutivo, son elementos que se esperan o no a cierta edad y eso también lo podemos observar, no solamente que converse, sino que de repente si la mamá o dejó ahí, se abrazaron y la mamá pudo salir tranquilamente y él se puso a jugar, entonces 5 minutos para nosotros es también válido.”

Jueza 3

La participación de los lactantes en los procesos judiciales se evidencia por los entrevistados como un problema para los Tribunales de Familia, ya que, en este caso, la utilización de métodos distintos para el involucramiento dependerá de la voluntad, tiempo y apertura de los profesionales a estas posibilidades comunicacionales.

Una de las consejeras técnicas relató experiencias de participación de lactantes mediante la observación de su estado físico, su conducta y la interacción con sus cuidadores y el entorno, siendo esencial en ese momento su rol y habilidades individuales, dentro de las cuales ella misma destaca el hecho de ser madre.

“Una vez yo me acuerdo, bueno yo soy como que los jueces se ríen de mí porque, por ejemplo, cuando va una mamá con un bebé a la audiencia y no lo puede dejar y el bebé se pone a llorar, para que la mamá pueda hablar, yo llego, voy y agarro a la guagua y me empiezo a pasear por la sala audiencia, yo soy así, yo llego agarro a la guagua y te juro que eso me ha permitido ver muchas cosas, porque al tener a la guagua yo la huelo, puedes ver cómo tiene el pelo, si se lo lavaron o no, ves la reacción que tienen cuando se aleja de la mamá, si llora o no, como que todas esas cosas tú las puedes como ir leyendo, entonces yo la tomo y me empiezo a pasear, calmo a la guagua, a lo mejor no estoy muy atenta, pero me interesa que el juez esté atento.”

Consejera técnica 3

“Me pasó una vez, hace muchos años atrás, que estaban diciendo que una mamá le pegaba a un bebé, debe haber tenido como unos 8 meses, que la cuidaba mal. La señora llegó al tribunal con la guagua y dijo que no, pero yo le decía “están diciendo que...”, entonces me dijo “si quiere revisela, yo no tengo problema” y el juez me mira y yo le digo “¿la puedo revisar?”, entonces me dijo “sí”. Entonces me acuerdo

que busque una frazada y la puse encima del escritorio y fui, pero le dije a la mamá “¿la puedes desvestir?” y ahí me empecé a fijar cómo la mamá la desvestía, la mamá era brusca para tratarla, como que cuando la echó para atrás y la guagua como que se pegó (no fuerte), pero se pegó, era como tosca la mamá. Yo logré revisarla un poco, sin tener la experticia, pero una sabe, como es mamá, la revisé como la revisa el pediatra, entonces como que también le hablé a la guagua, veía si me seguía o no, cómo estaba, entonces ahí como que en esos minutos tú logras alguna cosa. Entonces se podría hacer..., creo yo, siento que a lo mejor piensan que esto se escapa mucho de lo jurídico, entonces tampoco lo hacen porque “qué vamos a estar revisando guaguas, qué vamos a estar viendo cómo la mamá juega con la guagua”, qué tiene que ver eso con el derecho.”
Consejera técnica 3

Ante NNA con condiciones particulares que complejizan la construcción de un diálogo o una observación fluida y regular de su comportamiento con el entorno, una de las consejeras técnicas describió una experiencia de observación en el hogar y en el colegio de un niño con trastorno del espectro autista y una entrevista, en sala Gesell, siguiendo el movimiento activo y los juegos de la niña, compatibilizando sus formas de vivir la niñez y sus condiciones con la participación en el proceso judicial.

“Sí, son como caso estadísticas, como caso a caso, por ejemplo, recuerdo años atrás una causa que tuvimos con una jueza en mi tribunal, que era una causa de un niño con un trastorno del desarrollo que en ese caso parecía tender a un autismo y los padres estaban muy confrontados en términos de qué era lo mejor para el niño en cuanto a las formas de crianza, entonces tenía una madre que tendía a ser mucho más rígida, más estructurada en cuanto a las internaciones médicas, y un padre que tendía a ser más permisivo y también como más involucrar al niño en otro tipo de actividades más relacionadas con la naturaleza, etc. Entonces ellos disputaban el cuidado personal y el tribunal consideró que era necesario tomar el parecer del niño, escuchar su opinión, independiente de que ese niño tenía este trastorno del desarrollo, por lo tanto, la comunicación de él no iba a ser como la de cualquier otro niño e independiente de que la disputa de los padres estaba dada y era súper complejo. Entonces nosotros con la jueza nos preguntábamos ¿de qué manera podemos generar las condiciones para que este niño pueda ejercer su derecho a ser oído de tal manera que esté libre de algún tipo de presiones o de estímulo externo y también que nosotros tengamos las competencias para poder hacer efectivo su derecho? Y tomamos la decisión y fuimos a la casa a ver al niño con su madre y ahí estuvimos y lo entrevistamos y vimos sus cosas y él nos mostró y compartimos con él y vimos su desempeño en ese contexto, y luego hicimos lo mismo, pero con el padre, en el contexto del padre y finalmente fuimos también al colegio porque el colegio era otro espacio relevante para él. Entonces en esa causa nosotros escuchamos al niño tres veces y en diferentes momentos y en diferentes contextos porque el caso lo ameritaba, pero como te digo, fue un diseño muy particular y una situación muy puntual, no es algo como que el consejo técnico haya propuesto “miren hagamos un protocolo, a los niños los escuchamos así”, no, para nada.”
Consejera técnica 1

“Otros casos también así como complejos, como delicado también hemos hecho diseños con los jueces donde, por ejemplo, una niña que estaba muy dañada por temáticas de abuso sexual, donde los padres también tenían una disputa por su cuidado personal y la madre quería suspender todo tipo de contacto con el padre porque ella lo acusaba a él de abusador y era una niña que ya tenía mucha intervención judicial, también con la jueza preparamos mucho el contexto para desarrollar esa entrevista y fue una entrevista que, por ejemplo, se salió de todo tipo de estándares. La hicimos en sala Gesell, pero, por ejemplo, la niña no era una niña que pudiera estar sentada conversando contigo como estamos haciendo ahora las dos, sino que era una niña que tenía agitación psicomotora, entonces se paraba, se sentaba, se metía debajo de la mesa y en ese caso que yo era la consejera, la seguía, la acompañaba, me metía debajo de la mesa con ella, entonces de alguna manera ese proceso de acompañamiento al niño para brindarle un contexto que no sea la rigidez, la estructura del poder judicial, de cómo se hacen las cosas en tribunales.”
Consejera técnica 1

i. Valoración positiva de leyes, políticas y medidas institucionales implementadas para la participación de NNA en los procesos judiciales

Uno de los entrevistados opina que la Ley N°21.302, que crea el nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada, robustece la regulación del derecho a la participación de NNA, aunque no desde la representación jurídica, sino que fomentando su escucha y consideración para tomarse decisiones a su respecto.

“La ley de servicio de protección especial hace algunas cosas, no en términos de representación jurídica, pero en la medida que mejora mucho, construye muy fuertemente el tema de la participación del niño, eso puede generar una dinámica interesante. O sea, eso no cabe duda, algo novedoso, eso no estaba en el proyecto ejecutivo, fue parte de la discusión. La idea de que los niños tienen que ser escuchados con el nuevo servicio de protección especial quedó en muchas partes y ahí instalada como una cuestión, o sea en la supervisión, por ejemplo, en la evaluación, en otras cosas.”

Curador ad litem 1

En cuanto a políticas institucionales del Poder Judicial, los entrevistados valoraron la dictación de políticas institucionales que buscan promover la concreción del derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales de los Tribunales de Familia, en general.

Dentro de ellas, destacan la “Comisión de Lenguaje Claro” impulsada desde el año 2015, que promueve la redacción de resoluciones judiciales claras que sean entendibles para sus destinatarios –NNA en este caso–.

Por otro lado, subrayan la reciente “Política de Efectivización de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” del año 2020 como un avance en materias de participación.

“El Poder Judicial está todavía en una campaña de lenguaje sencillo que impulsó el ministro Aránguiz, entonces como que de ahí yo dije tenemos que hablar en sencillo con los niños, con los papás hay que hablar en sencillo también porque si no uno no entiende, entonces yo digo de repente hay gente que a lo mejor va a escuchar una audiencia en que yo participo y a decir “¿qué está hablando?” porque de verdad le hablo a la gente como con dichos de repente del campo, haciendo como una metáfora para que lo entiendan, porque lo que uno necesita es que la gente entienda, finalmente el juez está decidiendo sobre la vida de esos niños, de esos papás, entonces ¿cómo no van a entender por qué se está tomando esta medida?”

Consejera técnica 3

“El 17 de diciembre del año 2020, como primicia para tu trabajo, la Corte Suprema aprobó una política de infancia de efectivización de derecho, que construimos un grupo de trabajo de infancia que está al alero de la Corte Suprema y que está formada por algunos jueces a nivel nacional, son 4 jueces a nivel nacional. Y, en esta política que se compone de 7 ejes, uno justamente es la participación y en ese eje, que es el 4 de

la participación, se contempla la necesidad de que los jueces estén formados porque se reconoce que hay una carencia importante, entonces ahí la Corte dice “aquí hay mala preparación, tienen que formarse.

(...)

Entonces, yo diría, que ahora con la política que te comentaba se instala la idea o la necesidad de capacitación como una lógica de acompañar a la gente a cargo de la ejecución de una ley, del cumplimiento de una norma. No lo puedes obligar a entrevistar a niños si no tiene herramientas para. Yo creo, yo espero que ese documento, ese texto pueda generar un cambio importante como en el paradigma de que esto no es voluntario, si usted está en familia tiene que tener estas competencias.”

Juez 1

También se refirieron a dos medidas particulares implementadas por el Centro de Medidas Cautelares de Santiago. En primer lugar, la directriz general que obligó designar un curador ad litem a todos los NNA que se encuentran atravesando un proceso judicial sobre vulneración de derechos y sobre los cuales recaiga una medida de cuidado alternativo. Destacan que esta medida ha logrado aumentar la garantía de los NNA a contar con representación judicial en los juicios que se sustancien en dicho centro, sin embargo, lamentan que tal instrucción solo es aplicable al Centro de Medidas Cautelares de Santiago, no expandiéndose a todos los Tribunales de Familia.

“(...) a final de 2012 y en virtud de esa pregunta que lo hicimos con la jueza coordinadora que le tocó en el año 2013-2014, la magistrado Gloria Negroni, empezamos a pensar qué importante era que todos los niños tuvieran un curador ad litem. En esa época, en el 2012, 2013 era muy esporádico, o sea una causa con curador ad litem, dos a lo mucho, estoy hablando de causas de protección. Yo tengo una cierta noción de que en causas contenciosas no había, pero no quiero especular, o sea yo desconozco porque yo hace muchos años que no veo causas contenciosas, pero lo que tiendo a pensar al momento, es que en realidad no hay una cosa masiva de curadores ad litem. Entonces, nosotros empezamos a establecer en primer lugar a los niños que estaban sujetos a las medidas más complejas que era la institucionalización o cuidado alternativo que tenían que tener un curador ad litem y nos propusimos eso, entonces empezamos a nombrar curadores ad litem respecto de la CAJ, después empezamos a formar otras instituciones, clínicas jurídicas, la Fundación Integral de la Familia, con tanto éxito que ya el 2012 o 2013 empezamos ya, todos los niños que estaban en FAE y en residencia tenían su curador y después dijimos ¿y por qué no todos los niños que tienen una causa de protección? lo cual implica que , ya pasando a la audiencia, pueda tener su curador ad litem, que lo pueda representar y que sea su abogado.

(...) tanto es así que todos los niños que pasan a audiencia, o sea, uno pasa al paso jurídico, es decir, de citación a audiencia, y tienen curador ad litem, al punto que los jueces, si no está el curador ad litem se suspende la audiencia. Y tanto es el éxito que hace 3 ó 4 años se creó por el Ministerio de Justicia el programa “Mi abogado” porque nosotros empezamos a exigir que tuvieran todos curador (...)”

Jueza 2

En segundo lugar, una de las entrevistadas releva la creación de la mesa de curadores en el CMC cuyo objetivo es acercar las relaciones entre curadores ad litem y jueces para desarrollar un trabajo más fluido.

“Creamos una mesa de curadores porque también me parecía importante que si yo voy a permitir que el curador hable solo con el niño, el papá o la mamá tenía que saber a quién yo le había permitido que se acercara a su hijo, entonces la mesa de curadores me permite saber a quién tengo al otro lado como curador, algunos se molestaron de por qué los estábamos pauteando y le estábamos pidiendo que entrara a la ingresar a la mesa -estoy hablando de algunas críticas antiguas-.

(...) es una mesa de curadores, es una mesa de trabajo que está establecida hace muchos años, por lo tanto, tenemos que citar a los curadores y a veces hacemos reuniones, y los curadores han generado una conexión muy positiva con los jueces, muchos tienen nuestros celulares, si hay una cosa urgente nos llaman: “Magistrado, tengo que tomar esta audiencia”, o sea un compromiso muy dinámico, pero muy enriquecedor al mismo tiempo, entonces y creo que ha sido muy positivo, por eso desde el punto de vista del centro cautelar tenemos muy presente que para involucrar al niño como sujeto de derecho, tiene que estar su curador y es la forma de hacerlo.”

Jueza 2

No obstante, la medida es controvertida por uno de los curadores de litem, que advierte cierta inoperancia de la instancia y riesgo de pérdida de imparcialidad de los curadores ad litem para la defensa de los intereses del NNA, todo lo cual habría desmotivado su participación en la instancia.

“**Curador ad litem:** Pero sí, en este caso, hay reuniones de coordinación de curadoría, hay una mesa de curadores en el CMC donde nosotros ya no participamos desde el principio, pero sí quieren que seamos todos amigos los curadores del CMC.

Entrevistadora: ¿Por qué no participan ahí? ¿de qué es esa mesa? ¿cuán es el objetivo de esa mesa de curadores o no se sabe mucho?

Curador ad litem: Aunar unos criterios, el CMC es bien celoso de quienes son curadores, se toman a pecho esta facultad discrecional del artículo 19. Entonces no cualquiera, por ejemplo, de nuestro programa, no cualquiera es designado curador, nosotros tenemos que estar actualizando el listado de los profesionales que están habilitados para ser curadores en el CMC y ese listado con los curadores de las otras se juntaban, creo que incluso antes de la pandemia esto se había discontinuado un poquito, pero había unas reuniones de coordinación permanente donde estaban todos y finalmente era una inutilidad, fuimos a algunas.

(...) todos muy condescendientes con los jueces en las reuniones. Está bien tener buenas relaciones, como te decía antes nosotros tenemos muy buenas relaciones en general con los jueces personalmente, pero esta como figura de ser todo el mismo equipo me parece inútil y no sé si perjudicial, pero por lo menos inútil.”

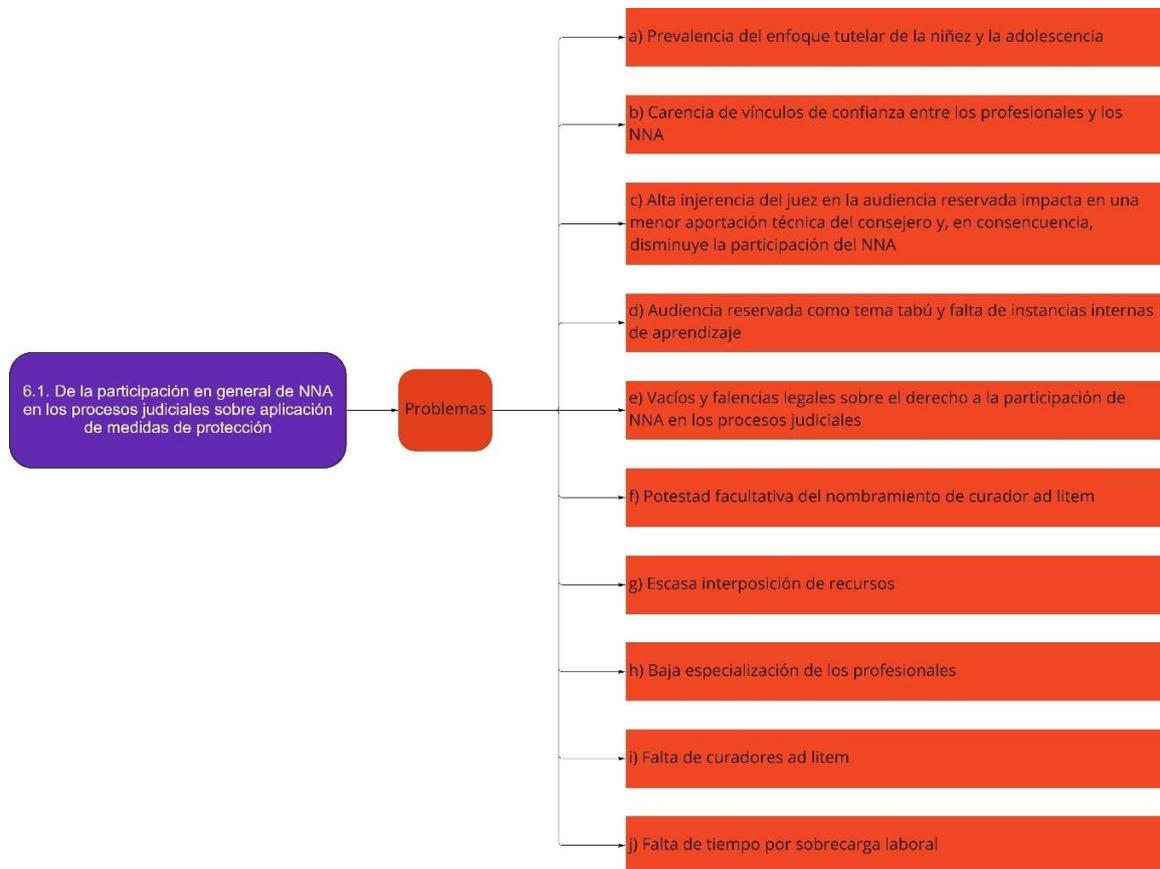
Curador ad litem 2

6.1.2. Problemas que obstaculizan la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección

Del análisis de las entrevistas realizadas se extrajeron problemas que dificultan el ejercicio del derecho a la participación de NNA, en sentido general, en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.

La ilustración sintetiza los obstáculos más recurrentes constatados por los entrevistados y que serán descritos en los siguientes apartados:

Resultado 2: Problemas que obstaculizan la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección



Fuente: Elaboración propia

a. Prevalencia del enfoque tutelar de la niñez y la adolescencia

Los profesionales advierten que entre ellos prevalece el enfoque tutelar de la niñez y la adolescencia, especialmente en los jueces. Según ellos, esta visión subordina la participación de los NNA en los procesos judiciales a las prevenciones que tengan los adultos, padres o profesionales de este contexto, aminorando las instancias de participación del NNA.

“Yo tiendo a pensar que se mantiene todavía como gran lógica que el adulto establece cuándo el niño ejerce este derecho, no hay todavía una apertura, me inclino a pensar, de manera general, a entender que los niños tienen este derecho y que podrían ejercerlo tantas veces como ellos quisieran en una causa proteccional o en otra. Entonces, tiendo a pensar que todavía está pensado desde la utilidad del juez, ‘ayúdame a resolver, ayúdame a...’”

“hay todavía esta instalación de que los papás son los que deciden qué informarles, esta lógica como que ‘con mis niños no’, como ‘no te metas’, etc. Esta como suerte de lógica de que la casa es una trinchera y, por lo tanto, el niño solo puede informarse e intervenir en lo que yo decido en el fondo”

Juez 1

“(...) partimos de la premisa en que muchos jueces todavía consideran que los niños no tienen que ser oídos en los tribunales, de verdad, o sea, de verdad en el 2021 hay jueces que declaran que ellos consideran que los niños que van al tribunal es una vulneración de los derechos de los niños, inmiscuirlos en un asunto de adultos, que van a ser dañados si van a un tribunal. Entonces todavía está ese prejuicio de no entender la participación, el acceso a justicia de los niños, porque es una facultad (...)”

Jueza 3

“(...) decir que ‘el niño se puede dañar o que es adultizarlo’ es una posición súper cómoda también, porque, en el fondo, yo observo, lo excluyo, lo excluyo de la decisión que yo voy a tomar, no le informo pensando en que él va a estar tal vez menos adultizado, menos involucrado, menos dañado; pero, en definitiva, me parece que eso es pensar en mí, porque es una actitud egoísta de decir ‘voy a resolver respecto de tu vida sin saber lo que tú quieres para tu vida’, eso sí me parece grave.”

Consejero técnico 2

Se advierte que la mayoría de los jueces son recelosos al cambio de sus prácticas tutelares respecto a la concepción de la niñez y la adolescencia y a la forma en que realizan las audiencias reservadas. Consideran que tal actitud dificulta implementar mejoras que se adecuen a los estándares requeridos para mejorar la participación de los NNA en los procesos judiciales.

“(...) el problema grande lo tenemos con otro mundo que se adecúa discursivamente muy rápidamente a lo que venga por delante, a enfoque de discapacidad, a temas de género ahora. Antes fue el enfoque de derecho, o sea en la entrevista, el derecho de escuchar al niño se adecúa, el CMC tiene unas resoluciones tipos las cuales citan la observación general número 12, pero está tipo, o sea es un formulario, pero alguien que la lee dice “ah, mira aquí escucharon a los niños”, entonces tiene una capacidad de adecuación discursiva muy significativa. Hay un sector de judicatura de familia creo yo que tiene esas técnicas, que se da cuenta lo que está pidiéndole a sus superiores, la política pública del país, pero no logran darse cuenta de que lo que hay que cambiar son las prácticas, entonces eso a mí me preocupa mucho más.”

Curador ad litem 1

b. Carencia de vínculos de confianza entre los profesionales y los NNA

Tanto los exusuarios como los profesionales que se relacionan más directamente con los NNA en el proceso judicial –es decir, consejeros técnicos y curadores ad litem– observan que si el NNA percibe un vínculo de confianza con alguno de los profesionales que intervienen en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección, aquel muestra mayor disposición a participar en el proceso.

Sin embargo, señalan que no se logran generar dichos vínculos de confianza, identificando una serie de circunstancias que obstaculizan la construcción del vínculo de confianza requerido para fomentar la participación del NNA:

Tabla 13: Circunstancias que obstaculizan la construcción de vínculos de confianza entre profesionales y NNA en un proceso judicial de aplicación de medidas de protección

Causa	Relato
Enfermedades de salud mental de NNA dificultan construir un vínculo de confianza	<p>“(…) las patologías de salud mental son un desafío que no tenemos muy claro. Yo tengo una chica que tuvo un intento de suicidio (...). (...) hay un tema que yo hago en mi mono que hago yo siempre, tengo que los abogados tenemos que manejar al menos 9 cosas que son extrajurídicas y termina incorporando una décima que no está en el modelo, que no debiéramos manejarla, pero que el sistema nos obliga a manejarla y se vincula con esto, y es que tenemos que manejar nociones básicas de salud mental infantil, porque el sistema es tan poco fuerte, incluso los psiquiatras infantojuveniles que entienden la problemática de las vulneraciones son tan pocos que hay que estar creo yo incluso revisando las medicaciones.”</p> <p style="text-align: right;">Curador ad litem 1</p>
Obstáculos a las iniciativas de los NNA disminuyen la confianza y, por tanto, el deseo de participar	<p>“Me puedo acordar de muchas cosas que yo quise que se hicieran que me dijeron que no, pero de las cosas que yo quise que se hicieran, ninguna.</p> <p>Puros obstáculos, puros peros, puras mentiras, ‘hoy no, mañana sí’. Llegaba el día de mañana y no, otro mañana. Entonces no existe para mí eso, todas las cosas que yo quise hacer, todo lo que yo quise ser en lo que yo descubrí en mí que era buena y quise ser, siempre fueron ‘no’, ‘tú no eres especial, tú eres igual que todas las demás, tú no tienen ningún privilegio’. Eso me tiraba para abajo, no me ayudaba a construir confianza en mí misma para poder decir y expresar lo que yo opinaba.”</p> <p style="text-align: right;">Exusuaría 1</p>
Tribunal como lugar intimidante para NNA	<p>“También hablamos del tema del vestuario. Ahí nos mostraron un estudio que hizo, no me acuerdo quien, con niños que habían ido al sistema judicial y que lo dibujaron, dibujaron lo que ellos experimentaban, entonces como que la jueza, porque en general en Chile son más juezas de familia que jueces, era la señora con collar de perlas y había otra señora con chaqueta que estaban al lado, pero no tenía collar de perlas.</p> <p>(...) uno se viste para ir al tribunal, Desde que yo entré a trabajar al tribunal me he tenido que comprar ropa para ir a trabajar y ropa para ser yo, porque como que uno no andas con los tacos, la chaqueta, los hombres no andan con el terno todo el día, entonces tú como que en cierto modo te vistes para ir allá con algo que no es cotidiano. Entonces probablemente para los niños que van al tribunal donde yo trabajo no sé si han visto personas que se</p>

	<p>vistan así en otros contextos, porque además estamos hablando de un contexto súper rural, entonces son hijos de papás campesinos, temporeros, ni siquiera sus profesores se ponen terno para trabajar probablemente porque el profesor de la escuela rural no va con terno, el profesor de la escuela rural va con buzo, va con blue jeans. Entonces ya entra a un lugar en que están todos de corbata, están todos de traje, entonces también uno dice ¿qué le pasa al niño o a la niña o a un adolescente cuando entra a ese espacio? Yo siento que también debe pensar `esta gente es rica`, hay computadores en todas partes como todo así muy tecnológico, feo, pero tecnológico, feo en el sentido de como inhóspito.</p> <p>(...) igual siento que tendríamos que estar más cercanos a la gente, porque se nota mucho que hay una diferencia muy grande. Tú ves que la gente trata de llegar lo más ordenada que puede, pero impacta mucho porque marcas la diferencia, como que todo el rato estás marcando una diferencia con ellos.”</p> <p style="text-align: right;">Consejera técnica 3</p> <p>“(...) el niño llega a este tremendo elefante blanco donde no conoce a nadie, donde pese a que es una sala Gesell que está especialmente dispuesta con un living, con colores agradables, con pintura, es un lugar que no es del niño, por lo tanto, no forma parte de su entorno inmediato, no es un lugar conocido. Hay una persona, pese a que es consejero técnico o consejera técnica y (...) podría ser eventualmente un poco más preparado para poder abordar esta situación.”</p> <p style="text-align: right;">Consejero técnico 2</p>
<p>Rotación constante de profesionales obstaculiza la generación de vínculos de confianza</p>	<p>“Así es porque a mí me pasó, por ejemplo, que de repente me pasaban una psicóloga o tenía una psicóloga ahí, pero yo no tenía interés en trabajar con la psicóloga, no me esforzaba porque la psicóloga me hacía las mismas preguntas que la otra psicóloga que había estado en 6 meses. Entonces ¿de qué sirve una ficha mía si las psicólogas no lo leen y te vuelven a hacer las mismas preguntas? Entonces yo como niña en ese entonces decía `esta gente está haciendo su pega no más`, no le interesa mi integridad, no le intereso yo como ser humano, como niña, entonces yo me daba cuenta de que la gente solo hacía su pega, pero no tenía un real interés. Entonces yo no estaba motivada, no tenía ningún interés, estaba cegada, estaba cerrada, estaba enojada. Entonces yo estando enojada por todo lo que me tocó vivir, por todas las injusticias, no iba a hablar, no iba a ser un aporte.</p> <p style="text-align: right;">(...)</p> <p>La directora del hogar, que aquí también es algo que sigue siendo irregular, era una sola directora y era esa directora y dos trabajadoras, o sea no existía más, la directora pasaba a ser todo ahí, o sea ella hacía y deshacía y no había ninguna jerarquía en ese lugar, y también era un hogar que quedaba en el campo, o sea de difícil acceso como para fiscalización, por ejemplo, psicólogas, asistentes sociales.</p> <p>La psicóloga y la asistente social que trabajan ahí duraban meses y se iban porque no soportaban a esta directora, o sea era una directora autoritaria, era dictadora. Entonces como veían las irregularidades los profesionales se iban, entonces no duraban mucho, tampoco uno podía confiar en ellos porque se iban.”</p> <p style="text-align: right;">Exusuaria 1</p>

c. Alta injerencia del juez en la audiencia reservada impacta en una menor aportación técnica del consejero, y, en consecuencia, disminuye la participación del NNA

Jueces y curadores ad litem señalan que, en general, los jueces adoptan un alto nivel de protagonismo en la instancia donde participa directamente el NNA, que es, por excelencia, la audiencia reservada. La prominencia de su rol, en cierto modo, aminora el grado de aportación técnica que la consejería técnica puede ejercer en favor de una mejor participación del NNA en la diligencia.

“Sí, yo creo que sí podría aportar muchísimo más [como consejera técnica] porque hoy en día esto está demasiado, como te decía, determinado por lo que el juez estime pertinente, está muy supeditado. Como el Poder Judicial es una estructura tan jerarquizada, el consejo técnico necesariamente pasa a cumplir un rol muy secundario y, aun cuando los consejeros técnicos tenemos la expertiz o la formación en estas temáticas, los jueces tienden a, digamos que, invisibilizar esa expertiz y en muchos casos también como a supeditarla a los intereses que ellos tienen respecto de ciertas temáticas muy puntuales. Entonces un espacio como para que el consejo técnico haga una propuesta o de algún modo sugiera o planifique alguna otra forma distinta de escuchar a los niños, no existe como tal (...)”

Consejera técnica 1

“Costó mucho (...) que comprendieran los jueces que también no siempre tenían las herramientas para entrevistar y quien tenía las herramientas eran los consejeros técnicos, tenían la formación. Eso costó mucho por una cuestión de ego, de sacarlos de su espacio de control que es la sala de audiencia. Y aun no se logra en todos lados.”

Jueza 3

Los consejeros técnicos observan que el hecho que el protocolo del Poder Judicial estableciera que recae en su persona la conducción de la audiencia reservada, generó tensiones entre ellos y algunos jueces y juezas de los tribunales de familia, que decidieron no aplicar tal instrucción en su tribunal. Esto implica que las audiencias reservadas son dirigidas mayoritariamente por los jueces, poniendo en riesgo la calidad del ejercicio por parte del NNA de su derecho a la participación.

“Yo creo que también esto de que se le haya delegado al consejero técnico la conducción de esta entrevista también ha generado cierto roce o cierta fricción en términos de que ya no está concentrado solo la decisión de preguntar o la dirección de la entrevista en el juez, entonces también en algunos lados he escuchado que ha generado como algunos roces que me parece en realidad una cuestión arcaica, porque el que no logra entender que nosotros estamos ahí para que nos usen, para que utilicen el recurso y, en definitiva, nadie le va a quitar protagonismo a nadie, sino que hay que usar un tipo que ahí estuvo estudiando 5 años, más postítulo, más magíster, que le tengo que sacar el jugo.”

Consejero técnico 2

Señalan que la mejora de la estrategia técnica entre jueces y consejeros técnicos para realizar las audiencias reservadas en duplas de trabajo consolidadas se

obstaculiza por el actual sistema de rotación, ya que, el cambio constante de la dída en las salas del tribunal dificulta la construcción de criterios y confianzas laborales entre ambos profesionales. Dada esta realidad, advierten que, algunas veces, los consejeros técnicos acomodan sus opiniones al juez de turno, lo cual pone en riesgo la participación del NNA en el proceso judicial al no asegurar un criterio determinado para su ejercicio.

“Entrevistadora: Y las duplas entre juez-jueza, consejero técnico ¿son siempre fijas o van variando?

Jueza: Van variando. (...) [A] mí me toca tal sala esta semana y me toca con este consejero técnico esta semana. La próxima semana ya me va a tocar con otro consejero.

(...) hay otros consejeros técnicos que, al no tener esa confianza, esa dupla... no miran como juez y consejero porque incluso en el estrado uno está acá y ellos están más abajo, pero psicológicamente tienes que trabajar en dupla, es tu dupla y si tú no le das ese espacio de dupla ellos se sienten atemorizados y ellos van cambiando la opinión de acuerdo al juez que le va tocando (...)

Jueza 3

d. Audiencia reservada como tema tabú y falta de instancias internas de aprendizaje

Los entrevistados advierten que las experiencias que tienen en la realización de audiencias reservadas son asuntos que no se comentan regularmente entre los profesionales judiciales, por lo que no se produce una colaboración fluida para mejorar la participación de los NNA en aquellas instancias.

“(...) la entrevista es una diligencia de la cual no hablamos mucho, nosotros no conversamos, no es como un divorcio ponte tú que uno le pregunta al colega “oye, mira tengo una compensación económica súper compleja, ¿qué hiciste tú?, ¿te ha tocado este caso?, tengo una salida del país con autorización de no sé qué embajada”, pero la entrevista reservada es un tema más bien tabú, los jueces no lo conversan, no dicen “oye, fijate que hoy día tuve una entrevista tan triste” o “fijate que hoy día me di cuenta que hice una pregunta que hice llorar a un niño” o “me descontrolé” o “el niño lloró y no supe qué hacer”, porque son temas emocionales y no son temas que abrimos, entonces costó mucho incorporar esa temática de ser autocrítico, de hablar de la diligencia, de transparentarla.”

“Es una materia que para los jueces es sensible porque si lo haces mal quedas horrible y no les gusta que se escuchen los audios, o sea tú vas a pedir un audio y se mueren de vergüenza, nadie presta un audio para hacer una clase, es decir, préstame tu audio para mostrarle a una clase un audio reservado, “no, mi audio no lo ve nadie” y te prohíben ver los audios, entonces yo de repente digo “oye, resérvame este audio porque está bonito para mostrarlo, está perfecto”.

Jueza 3

En este mismo sentido, observan la falta de instancias técnicas internas de aprendizaje crítico, colaborativo e interdisciplinario que tenga por objeto mejorar las estrategias para una mejor participación del NNA en la audiencia reservada.

“(...) el trabajo nuestro [consejeros técnicos] es muy aislado, si bien existe la instancia del consejo técnico que debiéramos tener instancia de generar discusiones, de revisar casos, de hacer propuestas, eso no se

dan la práctica, reuniones no existen, si son, son de carácter absolutamente administrativo, no hay reuniones de carácter más técnico para hacer diseño o para compartir miradas.

(...)

Las discusiones que se dan no son discusiones de carácter más técnico, son discusiones de carácter absolutamente de gestión y administrativa y lo técnico pasa a ser absolutamente secundarios, lo técnico pasa a ser casi como un plus o como algo que surge como de la motivación o el interés particular de alguien, entonces alguien, no sé, se interesa en la temática de los niños de la transición de género y entonces ese alguien, porque ha estudiado ese tema, porque se ha formado por tu interés, ese alguien se le ocurre juntar a otras dos personas y discutir un protocolo de cómo tendría que ser, el proceso de los niños en los tribunales de familia cuando tiene que ver con las temáticas de género. Otro, alguien tiene, no sé, tiene tema con los niños que tienen trastornos del desarrollo, por ejemplo, y ese alguien entonces propone, pero son iniciativas muy puntuales.

Consejera técnica 1

e. Vacíos y falencias legales sobre el derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales

Los curadores ad litem son los profesionales que más identificaron vacíos y falencias legales que obstaculizan la concreción del derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales.

Indican que la exigua regulación del derecho a la participación desincentiva y restringe la participación del NNA en los procesos judiciales al mínimo que consideren razonable los tribunales de familia, lo cual estiman insuficiente.

Por un lado, alegan la inexistencia en Chile de un sistema o ley marco de garantías y protección de derechos de NNA¹² y consideran inoportuno que se encuentre aún vigente la Ley de Menores por su marcado enfoque tutelar.

“El Comité de los Derechos del Niño ha dicho en todos los informes que es impresentable que Chile no tenga una ley marco, una ley de garantías, que además subsista la Ley de Menores que está escrita en clave tutelar. Entonces por supuesto el tema legislativo no ayuda [a una mayor participación de NNA en los procesos judiciales]. No solamente en lo legislativo, cuando hablamos de un sistema de garantías son las leyes, las instituciones, las políticas, los programas, todos los mecanismos que conforman un sistema de garantía.”

Curadora ad litem 3

Opinan que ninguno de los nuevos proyectos tramitados en Chile sobre la materia garantiza suficientemente el derecho a la participación.

¹² Se advierte que en el momento en que fueron realizadas las entrevistas la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia –actualmente publicada como Ley N°21.430– aún se encontraba en tramitación.

“Ninguno de los 3 [proyectos de ley] se hizo cargo de algunas cuestiones que en penal juvenil estamos haciéndonos cargo. En penal juvenil, el reglamento que me tocó escribir incluye la lógica de la participación de los niños en la residencia, en los centros penales juveniles. Lo que dejamos instalado ahí, y se discutió en algún minuto para el modelo Til Til, era un modelo de asamblea de chicos, el modelo en que se permite que los jóvenes puedan tener una asamblea de ellos, en la cual puedan decir, por ejemplo, de una malla de cursos qué curso se hacía, nadie se ve dañado porque los chicos decían no en blanco, pero es una paleta y que pueda incorporar algún otro también, eso es participación real. Eso es posible porque el reglamento penal juvenil sienta bases para que eso sea posible. En el mundo profesional no hay nada de eso, ni la ley de garantía, te repito, ninguna de esas tres deja nada, no hay nada de qué agarrarse para poder hacer exigible a otro. Entonces en realidad no añade nada, la ley de garantía actual no va a mejorar la situación de niños en residencia.”

Curador ad litem 1

Respecto al procedimiento especial sobre vulneración de derechos, manifiestan que su regulación, al ser única en su naturaleza, es bastante exigua y confusa, ya que se encuentra disgregada entre la Ley que Crea los Tribunales de Familia y la Ley de Menores. Advierten que la normativa no delimita la naturaleza de las medidas de protección ni las distingue suficientemente de las medidas cautelares.

“Este procedimiento de medida de protección como procedimiento propiamente tal es bien sui generis, no está bien definido, la naturaleza no está bien clara de las medidas de protección antes de la medida, todo se llama medida de protección, el procedimiento, las medidas previas, la medida final.”

Curador ad litem 2

f. Potestad facultativa del juez de la designación de curador ad litem

Dado que el curador ad litem detenta la representación judicial del NNA en el proceso judicial, su rol es esencial para la efectivización del derecho a la participación. Sin embargo, los entrevistados señalaron dos inconvenientes que entorpecen el ejercicio de su función y, por tanto, merman la participación indirecta del NNA en los procesos judiciales.

En primer lugar, la mayoría de los profesionales indica que el actual diseño del nombramiento de curador ad litem para la defensa del NNA es una potestad facultativa del juez, que no asegura la defensa jurídica de los derechos de los NNA en los procesos judiciales sobre vulneración de derechos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la participación.

Consideran que el supuesto legal que debe observar el juez al momento de decidir la designación de curador ad litem en un proceso judicial –a saber, que los intereses del niño sean independientes o contradictorios de los de su representante legal (artículo 19 de la Ley N°19.698)– se verifica en todos los casos que tratan sobre vulneración de derechos de NNA, ya que, como la controversia versa justamente

sobre el resguardo de los derechos e intereses del NNA, aquellos solo pueden ser garantizados si el NNA es representado judicialmente de manera independiente a sus padres o cuidadores.

“Curador ad litem: La designación de curador lamentablemente es facultativo del tribunal y a su discreción, y digo “lamentablemente” no porque tengan mal criterio, sino que porque no debiese ser una decisión del juez cuándo el niño necesita un abogado. Lamentablemente la forma en que esto está armado en términos legales es así, el tribunal decide el momento y decide quién, dentro de las instituciones que se dedican al trabajo en infancia.

Entrevistadora: Una consulta, eso quiere decir que ¿no todos los chicos que están en residencia, por ejemplo, del Sename tienen abogado del programa?

Curador ad litem: No necesariamente. Pueden haber perfectamente, y de hecho los hay, niños que estén ingresados en residencias, por ejemplo, y que no tengan abogado, no solo del programa, que no tengan curador designado porque lo que dice la norma, que es el artículo 19 de la Ley de familia, es que cuando el tribunal verifica que los intereses del niño pueden ser independientes o contradictorios de los de su representante legal, ahí el tribunal elige a otra persona que lo represente, como que ve un eventual conflicto de interés, los intereses del niño pueden ser independientes o contradictorios. Entonces, en general el sistema judicial olvida la parte independiente y se centra en lo contradictorio, entonces cuando hay un conflicto: cuando, por ejemplo, aparece eventualmente una madre o padre, quien ejerce cuidado, y hay una sospecha o evidentemente hay una vulneración, entonces evidentemente el interés del niño que es el representado de esta madre está en conflicto con el interés de la madre porque es la misma madre que lo está vulnerando. Entonces cuando hay conflictos se ve que los representantes no están custodiando bien lo que tienen que cuidar y ahí se decide por el tribunal que se designe un curador.

A mi juicio, y esto lo hemos conversado bastante, es fundamental la otra, porque los intereses pueden ser independientes o contradictorios, pero siempre son independientes necesariamente. Entonces, siempre que un niño esté sometido a un procedimiento judicial, tiene que tener curador, pero se centra en cuando hay conflicto, pero debiese ser siempre.”

[Curador ad litem 2](#)

“También ha ido in crescendo porque, originalmente, no había curadores o curadoras. En algunos tribunales empezaron con esta buena práctica de designarlos. Luego se modifica el artículo 19 de la ley de familia en términos de que los niños pueden ser representados hasta mayores de edad siendo adultos, entonces, en esta suerte además de que hay que nombrarle curador de manera obligatoria, en la hipótesis que plantea el 19 que es solo cuando existe una disparidad de criterios como con sus padres, es decir, cuando los padres son los vulneradores, como que ahí surge la necesidad de nombrar. Y uno se pregunta ¿cuándo no? En teoría, igual están metidos en un problema familiar que siempre es bueno que haya alguien que los pueda, no sé si defender, pero representar, informar, en fin.”

[Juez 1](#)

Esta posición es rebatida por una consejera técnica que considera que la designación de curador debe ser analizada caso a caso, puesto que en algunos procesos judiciales no se requiere, como cuando es fácilmente determinable por el juez que no se configura una amenaza o vulneración de derechos tras la primera revisión de los antecedentes.

“Mira, ahora como por disposiciones generales tenemos la obligación de designar curador al Programa “Mi Abogado” para estas causas que te decía yo, para niños en residencias y para niños con FAE; y, en las otras causas se va viendo caso a caso. En [el tribunal donde trabajo] no es que, a medida de protección

que entra se le designa curador. Como hay otros tribunales en que sí, como que en todas las causas de protección los niños tienen curador ad litem, aquí no. Entonces lo que sí se hace es que el juez va viendo si los intereses del niño son contrarios a los intereses de los adultos que lo cuidan, como que ese es el principio. La otra vez incluso conversamos con el magistrado y me decía “en estricto rigor uno podría pensar que siempre que hay una medida de protección podrían estar los intereses contrapuestos, porque por algo hay una medida de protección digamos, o sea, algo está pasando ahí con el papá que no está a lo mejor cumpliendo bien su rol, pero en realidad eso no lo vamos a saber si eso es así o no hasta el final de la causa propiamente tal, porque claramente no es por el hecho de que hay una denuncia que tenemos que suponer que efectivamente hay una vulneración, se va a acoger y va a haber una medida”. Hay denuncias que tú dices “aquí no hay vulneración, entonces chao” ¿Por qué le vamos a decretar un curador al niño?”. Como que lo vamos viendo en la medida. De repente hay causas en que hay una denuncia de agresión sexual por parte del padre y la madre apoya al padre, no apoya a la niña, no denunció, ahí obviamente necesitamos que alguien represente los intereses del niño: curador, y ahí como que se le designa al tiro, pero vamos viendo. Como que de repente yo reviso la denuncia y de repente le digo “magistrado, curador sí” y me dice “en realidad sí,.”

Consejera técnica 3

En segundo lugar, los curadores ad litem consideran que la representación judicial de los derechos del NNA se ve entorpecida cuando se designa al curador al final del proceso judicial o cuando la medida de protección ya ha sido decretada, toda vez que el momento del nombramiento de curador ad litem también es una decisión facultativa del juez.

“**Curador ad litem:** El problema entonces es que yo asumo causas cuando el chico ya fue internado.

Entrevistadora: Cuando ya se tomó esa medida.

Curador ad litem: Claro, salvo dos o tres casos que eran casos complejos que estaba en el aire la posibilidad de internar y me pidieron que asumiéramos causas antes. Al final no fue necesario internarlos en esos casos, y eso hace entonces que la intervención jurídica al ser posterior a la internación no puede discutirse muchas veces algunas cuestiones que están a la base de la decisión de internación que a mí me parece que es lo que hay que hacer.

Eso en general ha sido más o menos solucionado con el programa “mi abogado”, pero no enteramente, porque el programa “mi abogado” me parece a mí lamentablemente ha insistido en general, por lo menos en su expresión Santiago, en también llegar una vez que el chico está internado y que los nombran a ellos, no antes, y eso es muy complicado porque entonces nuevamente quedamos con que la medida de internación no queda sometida al escrutinio de un recurso, de un litigante.”

Curador ad litem 1

La determinación de quien será la institución a cargo de la curaduría ad litem en un proceso judicial también es facultad discrecional del juez, desconociéndose las razones ponderadas para ello. Esta falta de transparencia y objetividad se percibe negativamente por los profesionales entrevistados.

“El tema de por qué el tribunal toma la decisión de designar a ciertas entidades de curadores ad litem y no a otras tiene que ver con decisiones que se adoptan por un grupo de jueces que están como liderando, en Santiago al menos, el centro de medidas cautelares. Esas decisiones para nosotros no son transparentadas o evidenciadas cuáles son los motivos de por qué designan a uno y no a otro, entiendo que se generaron, por ejemplo, mesas de trabajo con estas instituciones durante un tiempo, eso ya no persiste, pero de alguna manera por decirlo estas personas se ganaron la confianza de los jueces y los

jueves entonces sienten que el trabajo de ellos, primero, que pueden contar con ello, y, segundo, que el trabajo de ellos sirve digamos, es un trabajo que no sé si yo pudiera decir que cumple con ciertos estándares de calidad, pero sí a los jueces les parece que se puede realizar una coordinación, un trabajo con ellos.

(...)

Sí, ahí también está la otra vertiente de la CAJ que es “mi abogado”. Esa es muy nueva, esa no tiene muchos años y esa vertiente ha asumido progresivamente la representación de los niños de residencia, pero fíjate que también en este punto hay casos que todavía los tiene FIDEF, porque los jueces originalmente designaban a FIDEF. Y se ha producido a veces litigio entre la FIDEF y ellos porque ellos exigen y le piden al tribunal que los designe, me refiero a “mi abogado” y el tribunal no modifica la curadoría y sigue manteniendo a la FIDEF, las razones de eso yo no podría decírtelas porque no las sé (...)

Consejera técnica 1

g. Escasa interposición de recursos

Un problema identificado por los profesionales es la escasa interposición de recursos por parte de abogados y curadores ad litem contra las resoluciones de jueces de familia en los procesos judiciales sobre vulneración de derechos.

La baja de impugnabilidad general contra las resoluciones en los procesos judiciales sobre vulneración derechos incluye a las resoluciones que restringen o niegan el derecho a la participación del NNA, quedando este derecho desprovisto de un mecanismo de garantía.

“Según el Comité de derechos del niño, el derecho de ser oído se compone también de la posibilidad de impugnar las decisiones, y -esto es objetivo- el programa “Mi Abogado” no ha llegado a la Corte todavía a impugnar decisiones de internación en ningún caso. Yo, con veintitantos ó 30 casos, llegué 4 veces a la Corte Suprema, eso a mí no me calza, no es posible eso.”

Curador ad litem 1

(...) yo diría que de recurrir en general todos recurren muy poco, no hay abogados en Santiago, al menos que yo vea, que sean en ese sentido como más diligentes o más confrontacionales con el tribunal, tienden a ser más pasivos. Yo diría que en “Mi Abogado” de alguna manera como te decía están como más atemorizados quizás, ellos mismos saben seguramente que no tienen tanta experiencia, que no tienen tanta formación. No, no veo ni considero que recurran mucho, menos en este tipo de causas.”

Consejera técnica 1

Los entrevistados manifiestan que la escasa interposición de recursos en estos procesos judiciales se explica por varias razones, que se sistematizan en la siguiente tabla:

Tabla 14: Razones de la baja interposición de recursos contra las resoluciones de los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección

Causa	Relato
<p>Causales restringidas para la interposición de un recurso de apelación no contempla la vulneración del derecho a participación del NNA ni el supuesto de denegación o no realización de audiencia reservada para su participación directa en el proceso judicial (artículo 67 de la Ley N°19.968)</p>	<p>“(…) no hay recursos, no se recurre, no hay recursos de apelación, no hay recurso alguno, entonces queda totalmente invisibilizado.”</p> <p style="text-align: right;">Jueza 3</p> <p>“Entrevistadora: ¿Ahí solo se presentan reposiciones? ¿nunca llegan a Corte por ese tipo de cosas? No sé si procede apelación.</p> <p>Curador ad litem: Ese es el punto, yo creo que no proceden, hay quienes creen que sí, a mí me encantaría ser del otro equipo.</p> <p style="text-align: right;">Entrevistadora: En subsidio.</p> <p>Curador ad litem: Sí, en subsidio, pero lo que pasa es que en familias las resoluciones apelables son las que dice el Artículo 67, que acota respecto a la regla general y dice “solo serán apelables las resoluciones que se pronuncian sobre medidas cautelares, que ponen término al procedimiento o hacen imposible su continuación y la sentencia definitiva”.</p> <p>Entrevistadora: Entonces la audiencia reservada te queda afuera.</p> <p>Curador ad litem: Es un incidente como que no, a menos que habría que buscar otra interpretación, armar algo, yo no lo he hecho la verdad y, además, reponiendo, en general, y esto es bien poco técnico digamos, pero es resolución más “lobby”, o sea, yo no voy a presentar una reposición sin ir a hablar, hablar con un magistrado, hablar con consejo técnico, hablar con alguien y decir “voy a presentar esto, tenemos esta situación, tenemos esta necesidad”, un poco para sensibilizar a quienes van a tomar la decisión, yo lo manejo así por lo menos. Yo creo que una apelación en ese sentido sería ideal, pero también es un tema que es bien discutible a mi juicio, yo creo que no se puede lamentablemente, me encantaría creer que sí.”</p> <p style="text-align: right;">Curador ad litem 2</p>
<p>Facultad de comparecer sin abogado en procesos judiciales de familia</p>	<p>“No sé si tan baja [la interposición de recursos], pero puede ser que a lo mejor en materia proteccional sí porque en proteccional tú puedes ir sin abogado, pero también influye, la gente no anda apelando por la vida y además no sabe que tiene derecho a apelar, volvemos a la lógica de la necesidad de promover derecho, entonces puede ser que desde ahí se puede explicar. Sí, al no haber obligatoriedad de representación jurídica la gente comparece sola y, por lo tanto, probablemente no tienen idea de cómo se apela y no lo hacen, pero en materia proteccional la verdad es que no son muchos los fallos que me ha tocado dictar porque tiendo más bien a llegar a acuerdos, a salidas colaborativas, entonces no te podría decir que son muchos y probablemente los poco que dicté y es harto rato, 16 años, en esos pocos que he dictado como no fue posible llegar a acuerdo, eran muy gordos, muy cototudos y evidentemente alguien no va a quedar conforme, así que va a apelar.”</p> <p style="text-align: right;">Juez 1</p> <p>“Entrevistadora: Me habían comentado que pasa mucho en los procesos judiciales de medidas de protección que la cantidad de recursos de apelaciones son bajas, ¿usted logra ver eso?</p>

	<p>Jueza: Yo creo que sí, o sea en realidad no sé. Yo creo que se adaptan, pero considerando el porcentaje que tenemos, yo creo que en general pueden ser bajas porque de partida las causas no tienen obligación de tener abogados (...)"</p> <p style="text-align: right;">Jueza 2</p>
<p>Alto poder de los jueces de familia inhibe a abogados y curadores ad litem a interponer recursos, con el fin de mantener buenas relaciones.</p> <p>Por ejemplo, algunos jueces tienden a designar a curadores ad litem que no interponen recursos contra sus resoluciones.</p>	<p>"Porque los jueces de familia tenemos mucho poder, muchas atribuciones que el resto de los jueces no tiene, a nosotros no nos controlan tanto como a ustedes. El juez civil digamos no tramita con las partes sin abogados solos, no decide ingresar un niño sin que ningún abogado lo vea y lo sepa, nosotros incluso decidimos ingresar a residencia a un niño a Sename y nadie se entera; los penales tienen a los defensores y a los fiscales; los laborales tienen la defensoría laboral y también tiene abogados, no funcionan sin abogados, los únicos que funcionan sin abogados son los jueces de familia. Los únicos que tenemos un celular 24/7 para dar instrucciones a la policía somos los jueces de familia, ni siquiera los de garantía porque acuérdate que los de garantía son los fiscales los que piden inspecciones, hay un abogado que es intermediario entre la policía y el juez de garantía, nosotros no, a nosotros nos llama un carabiniero y podemos hacer cualquier cosa a cualquiera hora y no hay nadie que nos diga "oye, para, no separen a esa familia" y está pasando con los niños extranjeros, un juez a las 2 de la mañana dice "ya, separen a esa niña porque no tiene documentos, es venezolana, mándenla a un hogar" y es como que nadie está ahí, o sea, nadie más le puede decir que no. Entonces esa es la amplia facultad que tenemos los jueces de familia, tenemos mucho poder, no estamos controlados por nadie, no estamos supervisados por nadie y los curadores ad litem en las causas por medida de protección no siempre tienen esta participación porque papá y mamá están sin abogados, por regla general comparecen ellos en representación del niño y como te digo "entonces para qué me lo voy a echar encima". En realidad, la medida de protección, ahí sí que el juez en la violencia intrafamiliar y la medida de protección, ahí estamos amos y señores, tenemos todo, estamos solos, podemos decidir lo que queremos, no digo que todos los jueces vamos a decidir mal, no, hay muchos muy correctos, pero hay otros que el criterio se les va a cualquier parte, por mucha ignorancia en materia de infancia, hay mucha ignorancia."</p> <p style="text-align: right;">Jueza 3</p> <p>"También fui y levanté esto mismo con más tiempo y con "monos", con Power Point, de que no es posible que no haya recursos contra los jueces, no hay ningún actor del sistema que no me haya escuchado a mí decir esta cuestión e incluso la gente de "mi abogado", pero sigo sin entenderlo yo. Por un lado, hay responsabilidad de los jueces porque nombran a algunos que saben que no lo van a ser nunca y por otro lado en las causas de "mi abogado", que ellos sí tienen en sus modelos para hacer esta cuestión, no lo hacen, yo no entiendo eso, yo no tengo explicación de por qué no lo hacen, porque además te repito, en regiones lo están haciendo, allá en Bío Bío acaban de tener peleas muy interesantes en contra de Sename y contra el juez."</p> <p style="text-align: right;">Curador ad litem 1</p>

	<p>“Entrevistadora: Me ha saltado justamente en otras entrevistas con los curadores la falta de recursos, que recurren muy poco, especialmente los curadores dado que estamos hablando de la perspectiva del niño, ¿por qué crees tú que se da ese fenómeno?</p> <p>Jueza: Porque le tienen miedo a los jueces, porque son jueces con los que van a tener que seguir en las audiencias muchos años más y no quieren “echárselos”, es simplemente eso, no quieren pasar un mal rato, prefieren hacer la vista gorda, prefieren que les cambien la sal, ojalá que me toque con este juez y no con esta otra, pero es por eso principalmente porque no se atreven a deducir una queja porque van a seguir trabajando y les va a seguir tocando el juez y el juez puede entender que después les va a rechazar todo lo que te piden, tienen ese temor, “me la voy a “echar” y después cada cosa que pida me va a dar no ha lugar”.</p> <p style="text-align: right;">Jueza 3</p> <p>“Uno de los problemas que tiene el sistema de representación jurídica en nuestro país, y que ha quedado más o menos solucionado con el programa “Mi abogado” los últimos 2 años, es que los jueces eligen (aunque el problema persiste en Santiago) básicamente a colegas que hagan curaduría ad litem -que es la figura jurídica que existe en Chile- a colegas que no les molesten, que no les “aperen” causas, y eso hace entonces que tú tengas una serie de clínicas jurídicas, salvo la clínica de la Portales que sí hacen bien el trabajo, (...). Las otras clínicas jurídicas, quiero ser muy responsable en decirlo, no hacen el trabajo que creemos que tiene que hacer un curador, no hace el trabajo que hace un abogado en sus propias causas, y en ese sentido nosotros sabíamos que en Santiago fuertemente, donde estamos instalados, no nos iban a nombrar, porque sabían que nosotros ya habíamos declarado públicamente eso. Además, yo soy conocido en el sistema y lo que queríamos era defender bien los derechos de los niños y eso nos podía significar presentar una de serie de recursos, y, entonces, como los jueces, razonablemente o de esa lógica de trabajo, no iban a querer esa cuestión, buscaban una figura que nos “bypasease”.</p> <p style="text-align: right;">Curador ad litem 1</p>
Sobrecarga laboral	<p>“Hemos pensado en la litigación estratégica, golpear el sistema con apelaciones, quejas, casaciones. Pero no da, yo llevo entre 10 y 15 causas y es un voluntariado el que hago, absolutamente pro-bono, entonces tampoco me da para dedicarle todo mi tiempo.</p> <p>Nosotros lo que hemos hecho, (...) en las consultorías o asesorías al Programa Mi Abogado, es incentivarlos en la motivación para que apelen. Pero también ahí la carga del trabajo se los come. Ese es un súper buen programa, pero están desbordados de carga, es imposible ahí apostar a la calidad.”</p> <p style="text-align: right;">Curadora ad litem 3</p>

Fuente: Elaboración propia

h. Baja especialización de los profesionales

Algunos entrevistados advierten un bajo nivel de especialización teórica de los profesionales que intervienen en los procesos judiciales sobre vulneración de derechos. Indican que la falta de formación en temas de infancia y adolescencia genera decisiones y prácticas judiciales inadecuadas que también impactan en la concreción del derecho a la participación del NNA.

“Hay mucha ignorancia con la infancia, porque incluso en segunda instancia cuando nosotros entrevistamos a los ministros, muchos dijeron ‘¿saben qué?, yo en infancia como que no sé de infancia, de hecho, veo qué consejero estaba en la audiencia y ahí más o menos conociendo al consejero sé si dio buen o mal asesoramiento’. Pero tampoco en las Cortes de Apelaciones tienen mucha formación en temas de infancia, primera infancia, adolescencia. Es un universo que todos le hacen el quite.”

Jueza 3

“En primer lugar, porque es objetivo que carecen de estos conocimientos que son conocimientos puros y básicos. Tampoco quiero que sepan en gran profundidad, pero tienen que tener, por lo menos, claro cuáles son los 4 niveles del modelo de [inaudible], porque si no lo que está ocurriendo muchas veces es que terminan, me parece a mí, poniendo sobre los hombros de la familia cuestiones que no son de ese el nivel, son del nivel macro. El nivel macro es el que hace que la familia no lleve niños al sistema de salud en invierno porque los echan y porque se lo pasan muy mal, y hay que hacer hora a las 5 de la mañana, eso es la consecuencia. Pero claro, cuando después el chico murió la culpa es de la madre, porque la mala madre que no lo llevó allá, pero el problema es un problema estructural y si usted no se da cuenta de problemas estructurales... Y eso es el modelo ecológico, es decir, ‘mira, la respuesta va a ser a este nivel’, entonces todas las cargas terminan sobre las bases, y, además, no los padres, sino la madre popular, que una vez fue víctima y sufrió negligencia cuando chica.”

Curador ad litem 1

Existe controversia entre los profesionales sobre qué se necesita para ser un juez especializado en infancia y adolescencia. Algunos consideran que la especialización se desarrolla especialmente mediante el desempeño laboral del/de la juez/a en el Centro de Medidas Cautelares de Santiago o en los Tribunales de Familia. Por el contrario, otros indican que la especialización entendida en ese sentido es solo una reiteración de prácticas judiciales en resolución de conflictos específicos de infancia y adolescencia, pero no garantiza el conocimiento técnico necesario sobre esos temas.

“La especialización del Centro de Medidas Cautelares cuando la hemos controvertido ha dicho: “mira, tiene que ver con la práctica, llevamos tantos años que somos especialistas”. (...) Dijo “llevamos tantos años que somos expertos”. No, lo que ellos tienen es una práctica, pero esa práctica no se ha traducido a una especialización. (...)”

Lo profesional no tiene nada que ver con la buena onda, la especialización no es una disposición interna, no es las horas que le han dedicado a este tema, que está muy bien. Es otro ámbito, es un tema de trabajo y en ese tema de trabajo tiene que tener un cierto perfil de conocimiento que no lo cumplen y no hay duda

que no cumplen, todos lo sabemos. Pero además hay temas jurídicos que tampoco cumplen, entonces ese es el problema con el Centro de Medidas Cautelares.”

Curador ad litem 1

“(…) el hecho que exista en Santiago, que es el único lugar donde existe, ni siquiera en la Región Metropolitana porque San Miguel no lo tiene, existe el Centro de Medidas Cautelares, eso no es especializado. Simplemente en el fondo se abocan a un tipo de causas, pero los jueces tienen nula formación en materia de infancia, que no es derecho de infancia.”

Curadora ad litem 3

“Muchos tienen muchos estudios extras, o sea tenemos una juez que es experta en temas de violencia, tiene un doctorado incluso en materia de penal, ha hecho muchos estudios de femicidio. Tenemos un juez que es psicólogo y hay muchos que hacen cursos. Pero hay otros que en el fondo la especialización está dada más bien por el día a día, que también es una forma de especializarse súper importante porque la especialización no está solamente dada por los cursos, es por lo que uno ve todos los días, de hecho, los curadores nos dicen de inmediato cuando a veces llegan suplentes que se nota que no saben.”

Jueza 2

A este respecto, la creación del Centro de Medidas Cautelares de Santiago, como institucionalidad judicial especializada competencialmente en procesos sobre vulneración de derechos –entre otros–, es vista por los profesionales como un avance positivo que fomenta la especialización práctica temática en la resolución de este tipo de controversias judiciales.

“Entonces se crea este Centro de Medidas Cautelares el 2010 para que empiece a funcionar a partir del 2011 (...). (...) jueces de los 4 tribunales de familia de Santiago son aportados a este centro y se dedican a ver estas materias (...).

(...) tienes jueces altamente especializados que solamente ven estas materias, porque es un poco lo que hace el símil en la Corte Suprema con las salas que tiene especializadas y, en el fondo, los ministros más bien se mantienen en su sala porque ya tienen un criterio y conocen la materia, se capacitan constantemente y eso es una cosa muy positiva. Además, tienes un único interlocutor válido frente a la red porque en materias de violencia y medidas de protección hay mucha vinculación con la red de infantes, de mujeres víctimas de violencia, con los actores interinstitucionales, por lo tanto, el hecho de tener un solo interlocutor válido, que es el centro, con un tribunal coordinador, es positivo para no tener distintos caminos. O sea, cuando uno tiene muchos tribunales cada tribunal decide un flujo distinto al otro, entonces esto permite realizarlo en una sola institución (que es este centro) y además le da certeza al abogado y a las partes de que así se va a tramitar su causa.”

Jueza 2

Sin embargo, existe un importante debate sobre el cumplimiento de su fin, ya que se cuestiona la suficiencia de una especialización profesional centrada más en la práctica laboral que en la adquisición de conocimientos técnicos.

“Entrevistadora: En ese sentido tú consideras que la especialización que se propuso para el centro de medidas cautelares, ¿ha funcionado bien?

Curador ad litem: No, es un desastre. Públicamente me he quejado. No, yo creo que tiene muy malas prácticas. Hay algunas buenas cosas por supuesto, hay algunos jueces que hacen un muy buen esfuerzo, pero, en general, como tal, yo creo que el centro de medidas cautelares no es un espacio de resguardo de los derechos del niño ni menos es un espacio especializado.

(...)

La especialización del centro de medidas cautelares cuando lo hemos controvertido ha dicho: “mira, tiene que ver con la práctica, llevamos tantos años que somos especialistas”. Eso es lo que la coordinadora ha dicho en espacios públicos donde ha sido cuestionada no por mí, porque no estaba, pero por gente que levantó el mismo discurso que estoy diciendo yo con estos mismos ejemplos. Dijo “llevamos tantos años que somos expertos”. No, lo que ellos tienen es una práctica, pero esa práctica no se ha traducido a una especialización. En primer lugar, porque es objetivo que carecen de estos conocimientos que son conocimientos puro y básico, tampoco quiero que sepan en gran profundidad, pero tienen que tener por lo menos claro cuáles son los 4 niveles del modelo de ..., porque si no lo que está ocurriendo muchas veces es que terminan, me parece a mí, poniendo sobre los hombros de la familia cuestiones que no son de ese nivel, son del nivel macro.”

Curador ad litem 1

“(...) existe el Centro de Medidas Cautelares, eso no es especializado, simplemente en el fondo se abocan a un tipo de causas, pero los jueces tienen nula formación en materia de infancia.”

Curadora ad litem 3

Las razones esgrimidas que explicarían la falta de especialización de los profesionales son las siguientes:

Tabla 15: Razones de la falta de especialización de los profesionales que intervienen en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección

Causa	Relato
Mayoría de los consejeros técnicos traspasados del sistema antiguo no cuentan con estudios de especialización.	“(...) la mayoría de las y los consejeros técnicos que fueron traspasados del otro sistema no tienen ningún estudio de postítulo.” Consejero técnico 2
Diseño deficiente del sistema de capacitación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Por un lado, la Corporación obliga a los funcionarios a realizar una cantidad mínima de cursos por año, pero no exige que la capacitación deba realizarse en áreas en	“Tú sabes que los funcionarios del Poder Judicial, todos, independiente de cuál sea el cargo, tenemos obligación de asistir una vez al año a estos cursos de la Academia y, por lo tanto, ahí hay una opción de tomar temas. Algunos toman “estoy cansado con lo de familia, voy a tomar temas medioambientales” y otros vamos en la misma línea de insistir en la misma temática. Pero yo creo que la gran capacitación es la que uno busca porque siente que tiene una falencia y, en general, ocurre fuera del sistema.” Juez 1 “(...) y los otros cursos del Poder Judicial no, porque en realidad estamos con recorte de presupuesto, así que es bien difícil que la Corporación

<p>que se ejercen funciones, sino que la elección del curso es libre elección de funcionario.</p> <p>Además, la escasez de recursos económicos disminuye la oferta de especialización en materias de infancia y adolescencia. Ello genera que la especialización dependa, en mayor medida, de la voluntad y las posibilidades de cada profesional.</p>	<p>Administrativa del Poder Judicial pueda ofrecer cursos aparte, más que los que uno hace por su cuenta propia.</p> <p style="text-align: right;">Jueza 2</p>
<p>Sistema de designación de jueces de Tribunales de Familia no privilegia vocación e interés en la materia.</p>	<p>“(…) hay muchos jueces que están en familia porque cayeron en familia y se quieren ir a otra materia, entonces no se forman, no se perfeccionan, no tienen conocimiento de normativa actualizada internacional, o sea lo de los extranjeros es un universo, lo de los migrantes es una cuestión que aquí no cachan nada.”</p> <p style="text-align: right;">Jueza 3</p>

Fuente: Elaboración propia

i. Falta de curadores ad litem

Los profesionales entrevistados manifestaron que la baja cantidad de curadores ad litem, especialmente en regiones, impacta negativamente en la defensa de los derechos de NNA en los procesos judiciales, como es el derecho a la participación, ya que no siempre pueden contar con representación judicial.

“Entrevistadora: Me contabas de la curadora, como tú estás en un tribunal de San Fernando, ¿ahí a cuántos curadores en general ustedes pueden acceder para poder decretar que representen a los niños?

Consejero técnico: Solo uno y designamos a San Fernando, para las comunas de Nancagua. En Placilla tenemos también, tenemos San Fernando que es nuestra cabeza. Tenemos la curadora ad litem (...) de la OPD de Colchagua. En Placilla tenemos al curador (...). Pero ni en Nancagua ni en Chimbarongo hay OPD, así que ahí no tenemos curadores, a veces tenemos que designar los del SENAME y los del SENAME no van a las audiencias. No tener curadores ad litem nos complica para la defensa de los derechos de los niños, ya que no siempre cuentan con abogado.”

Consejero técnico 2

j. Falta de tiempo por sobrecarga laboral

La sobrecarga laboral de los Tribunales de Familia, especialmente los de la Región Metropolitana, obstaculiza la concreción del derecho a la participación, ya que la cantidad de causas que abordan presiona a los profesionales a realizar el trabajo de la manera más rápida posible. Muchas veces esto no les permite otorgar el tiempo necesario a los NNA para su participación óptima en el proceso judicial.

“(…) los tribunales siempre están determinados por la agenda, por la premura, por la diligencia en terminar las causas, esas son las variables que a nosotros nos rigen.”

“(…) el tribunal como tiene tan pocas posibilidades de agendar audiencia, generalmente, tramita la causa pidiendo o estableciendo diligencias previas a la realización de la audiencia y solamente cita a preparatoria cuando ya tiene antecedentes, es una manera de trabajar.”

Consejera técnica 1

“(…) creo que otro desafío importante es establecer canales que nos permitan de repente escucharlos de una manera más fluida porque estamos muy atrapados con el tema de las audiencias, no nos da el tiempo, o sea agendar un niño es quitarnos tiempo para la audiencia y tenemos un volumen muy alto (…)”

Jueza 2

Por su parte, los curadores ad litem manifiestan que debido a la escasa oferta de profesionales de su área se encuentran saturados laboralmente, no logrando representar de manera adecuada los derechos de los NNA en todos los procesos judiciales de vulneración de derechos por falta de tiempo.

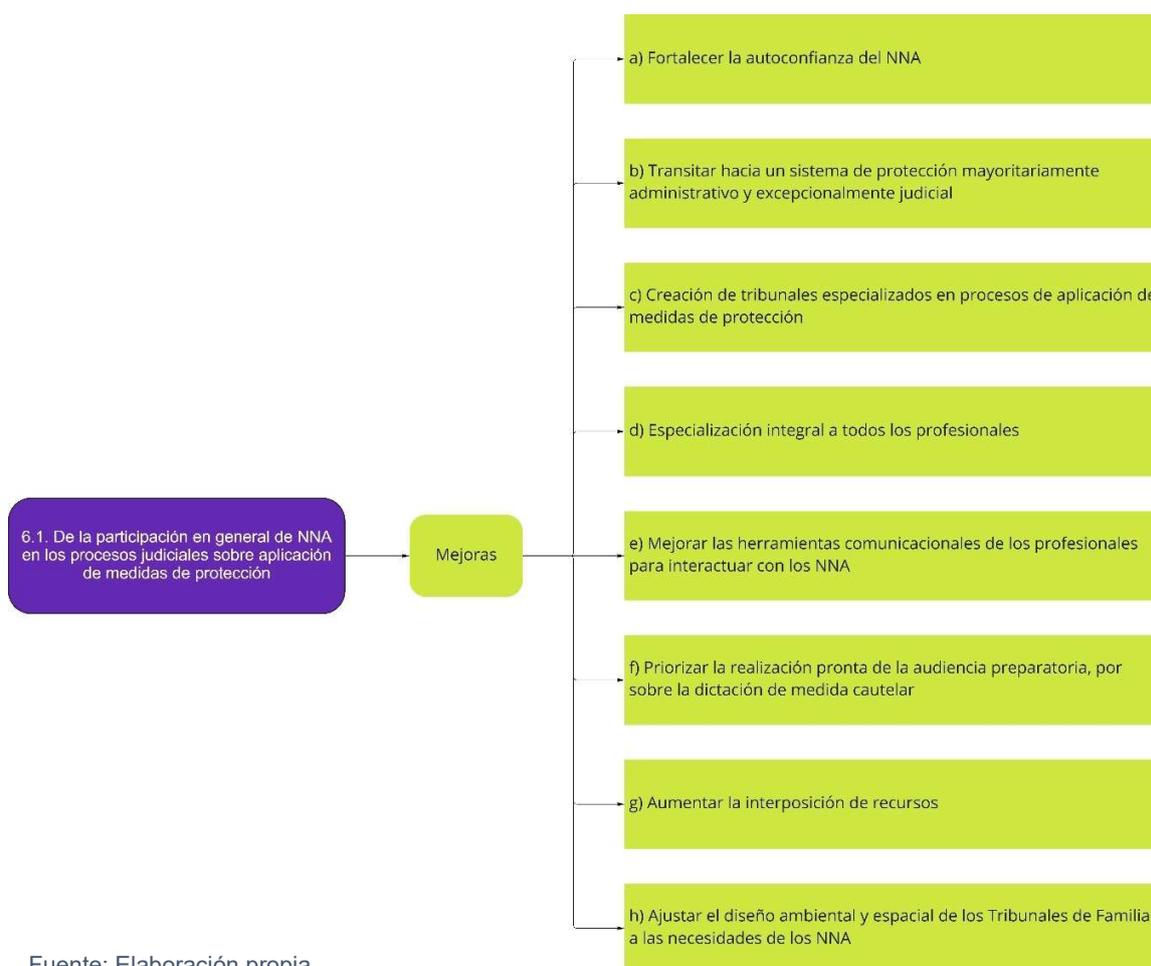
“(…) como no hay recursos para exclusividad, para dedicarse específicamente a esto, para tener como los profesionales que se requieren para la gran cantidad de casos, los profesionales tienen cientos de casos, 200, 300, 500, 600, y entonces no tienen otra oportunidad porque tienen audiencias todo el día, por lo que solo participan del momento en que se toma la decisión, que es en la audiencia, o con suerte logran responder un escrito, evacuar un traslado, entonces el modelo era: llega a una audiencia, agarra la carpeta, listo, voy, participo; una participación bien desde lo formal solamente.”

Curador ad litem 2

6.1.3. Mejoras para aumentar la participación en general de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección

En esta sección se detalla el conjunto de propuestas señaladas por los entrevistados que tienen por objetivo mejorar el ejercicio del derecho a la participación en general de los NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección y que se sintetizan en la siguiente ilustración:

Resultado 3: Mejoras para aumentar la participación en general de NNA en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección



Fuente: Elaboración propia

a. Fortalecer la autoconfianza del NNA

Una de las exusuarias relata que, en su experiencia de cuidado alternativo en residencia, su autoconfianza fue constantemente maltratada, ya que cuando expresaba deseos, iniciativas o enojo frente a ciertos temas recibía reprimendas y obstáculos. Señala que el deterioro de su autoconfianza aminoró su deseo de

participar y expresar sus opiniones, ya que desconfiaba de sus propios deseos y necesidades.

Advierte que la afectación a la autoconfianza puede impactar directamente en la voluntad del NNA de participar en el proceso judicial, ya que para lograr aquello no basta solamente con contar con representación judicial o ser escuchado por un tribunal, sino que existe una fase previa en que el NNA debe empoderarse y construir la autoconfianza respecto a sus necesidades, deseos y relatos.

“(…) los niños naturalmente son artistas, creadores, exploradores, o sea está en su naturaleza de la niñez, entonces creo que una forma de involucrarse como tú decías de proteger y que los niños se involucren en todo esto es a través del arte, deporte, o sea darse cuenta primero cuáles son las habilidades de los niños y niñas que están en este sistema y desde ahí integrarlos. Por ejemplo, si son buenos en el canto, en la música y en todas esas cosas, motivarlos a que participen en lo que ellos son buenos y de decirle “sabes que tú eres bueno en esto y puedes ser bueno, te vamos a entregar todas las herramientas para que tú puedas ser bueno en algo”, y desde ahí eso genera confianza, genera autoconfianza en los niños; y ya con la autoconfianza, ellos puedes decir “¿sabes qué? me tocó esto un poco difícil, pero yo creo que puedo ser un aporte o a mí me gustaría esto”, que ellos den su opinión, pero a través desde la autoconfianza que se le genera con cosas que los motiven. Motivación, autoconfianza, reparación. Para participar en todo esto un niño tiene que querer participar, para eso necesitas motivarlo.

Creo que va en eso, como en darle la confianza al niño, la autoconfianza para que se sienta seguro y luego pueda hablar y expresarse porque un abogado, un psicólogo no sirve de nada si este niño no tiene la confianza, no tiene el apoyo y los niños que están en el centro del Sename somos más intuitivos, somos más rápidos, más despiertos, entonces nos damos cuenta de muchas cosas más, tenemos una habilidad para leer el lenguaje corporal que ni te imaginas, entonces creo que va en eso, en darnos la confianza de que realmente le importamos a alguien para poder abrirnos y expresarnos.”

Exusuaria 1

Muestra de lo anterior es la percepción inversa que experimentó otro de los exusuarios entrevistados, quien, durante su proceso, se encontraba vinculado afectivamente a su madre y le fue posible generar una relación de confianza con un sicólogo de la Oficina de Protección de Derechos que llevaba su caso que le permitió considerarse partícipe del proceso, ya que se sentía siempre sostenido y cuidado por sus vínculos significativos.

“Yo, en lo personal, no hubiera querido mediar con él [abogado], porque tenía a mi mamá e igual tenía mucha confianza con uno de los psicólogos en el OPD, entonces, yo por lo menos, siento que pude expresar todos mis pensamientos, mis decisiones, todas mis preferencias también.”

Exusuario 4

Por lo señalado, la exusuaria propone el fortalecimiento de la autoconfianza de los NNA que experimentan procesos judiciales de vulneración de derechos, especialmente quienes se encuentran en cuidados alternativos, mediante su

involucramiento en la toma de decisiones cotidianas o judiciales y el apoyo en sus iniciativas y emprendimientos.

b. Transitar hacia un sistema de protección mayoritariamente administrativo y excepcionalmente judicial

Los profesionales proponen que el sistema de protección de derechos de NNA en Chile debe avanzar hacia un sistema administrativo, ya que tal estructura –más flexible que un proceso judicial– podría otorgar más instancias de participación del NNA y aumentar la interdisciplinariedad que requiere la materia.

En este sentido, los profesionales constatan ciertas ineficiencias e inconvenientes del carácter judicial del sistema de protección de derechos de NNA en Chile. Indican que la exigencia de que cada medida de protección tenga que ser decretada mediante sentencia judicial muchas veces no se justifica, ya sea porque la resolución del caso es más parecida a una simple resolución administrativa o porque el contexto judicial no tiene la posibilidad de otorgar la flexibilidad y la interdisciplinariedad necesaria en estos casos para asegurar la concreción del derecho a la participación del NNA en las decisiones respecto a su vida cuando sus derechos han sido vulnerados.

Agrega que la judicialización absoluta de las medidas de protección sobrecarga la labor de los Tribunales de Familia, contribuyendo al problema de la falta de tiempo para la tramitación de las causas (punto 6.1.2, letra j).

“(…) tenemos que tender a la protección administrativa, o sea evidentemente estamos asumiendo muchas causas que, en realidad no tienen sentido que el tribunal esté decretando el ingreso a un programa de prevención focalizada, o sea ahí cuando en realidad es nada, no estamos restringiendo ningún derecho, lo que la persona debería hacer es asistir al estado, a la parte ejecutiva y que un programa comunal o programa SENAME, como quiera llamarse, la derive y la atienda. Y en los casos cuando hay restricción de derechos efectivamente que requiere un control del tribunal, nosotros participamos (…)”

Jueza 2

“**Entrevistadora:** ¿Qué problemas creen que disminuyen o afectan la participación de los niños en estos procesos judiciales?”

Curadora: “(…) Pero también el tema que sea todo judicializado, no hay ninguna medida de protección que no dicte un juez. Todo pasa por el tema judicial, entonces cuando metes el tema judicial no puedes juzgar a los jueces que no hagan participar siempre (…)”

“Por eso este sistema de protección debiese ser judicial pero también administrativo y local, desde la localidad, desde los municipios se esté mirando.”

Curadora ad litem 3

c. Creación de tribunales especializados en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección

Los profesionales entrevistados propusieron dos recomendaciones institucionales orgánicas que permitirían mejorar el ejercicio efectivo del derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.

En primer lugar y, como sugerencia general, proponen crear más Tribunales de Familia en las jurisdicciones saturadas o aumentar la dotación de personal para poder abordar todas las causas de manera óptima.

“Por otra parte, un ambiente adecuado, tiempo que te permita hacerlo cómodo, tienes que estar pensando en que estás atrasado en la audiencia que viene y esa familia también requiere que tú le atiendas a tiempo y no tiene por qué entender que tú estás en algo que te parece más urgente. Por ejemplo, podrían crearse más tribunales de familia”

Juez 1

“Nos falta dar más tiempo, por ejemplo, para las audiencias. De repente nosotros tenemos 10, 12, 13 audiencias al día, de repente tenemos 8 causas de protección y tú estás cumpliendo con los plazos, estás haciendo la pega, pero obviamente eso también impacta. Eso significaría tener más jueces, tener más consejeros, tener más salas de audiencia, porque no es la idea que hagamos menos audiencia, pero que estemos agendando una audiencia para un año más o para 6 meses que es lo que repente pasa como que tú quieres hacer una audiencia “ya, fijemos de una hora cada audiencia”, pero eso significa que las audiencias nuevas van a hacer en 6 meses más y no puedes entonces lo que tienes que decir es tener más dotación como para tener eso.”

Consejera técnica 3

En segundo lugar, una de las juezas entrevistadas plantea que el Centro de Medidas Cautelares podría transformarse en un 5° Tribunal de Familia de Santiago para descongestionar e independizar sus recursos del resto de los Tribunales de Familia.

“Ahora, como dato anecdótico o de información, te cuento que desde el centro de medidas cautelares se solicitó -por los gremios de funcionarios, de profesionales, de consejeros técnicos y los jueces que estamos en el centro de medidas cautelares- a la Corte Suprema que se evaluara que este centro se pudiera transformar en un tribunal especializado, en un quinto tribunal especializado y la Corte Suprema en noviembre del 2019 aprobó previamente esta postura y se la jugó porque se pidiera que se creara un quinto tribunal especializado, atendidas las ventajas que esto implica y se mandó un oficio al Ministerio de justicia que está pendiente de resolución, porque después vino la pandemia, para que se transforme en el quinto tribunal especializado.”

Jueza 2

d. Especialización integral de todos los profesionales

Todos los entrevistados plantearon la necesidad de especialización o capacitación integral de los profesionales que se vinculan con NNA en los procesos judiciales

sobre vulneración de derechos, mejorando en áreas como uso de lenguaje claro, habilidades socioemocionales, teorías del desarrollo, teorías del apego, de la comunicación con NNA, entre otras herramientas interdisciplinarias que son esenciales para el trabajo con familias y NNA.

“Es que los magistrados, los abogados, todos ellos estudiaron una rama, pero en sí el área más bien social yo creo que falta, porque son abogados, saben los derechos, los deberes, todo eso, me puedo hacer una idea de lo que estudian, pero siento que les falta un área más social en el que los magistrados y las magistradas siempre los he mirado con cierto miedo, no sé si miedo la palabra, pero sí con cierto respeto porque son muy serios, mucho lenguaje técnico, entonces cuando se trata de un niño creo que debes cambiar un poco tu forma de expresarte a pesar de que sí, en el trabajo tienes que ser profesional, todo el tema, pero a eso me refiero con un poco del área social: de los niños, de la gente, que mucha gente no tienen ni idea muchas veces a lo que va, lo que se está hablando, lo que sucede, son ignorantes en el tema de tribunales, de justicia y todo el tema, entonces falta gente que pueda ayudarte a orientarte y a resolver tus dudas respecto a eso mirándolo desde otra forma.”

Exusuaria 2

“Yo estoy convencido de que no solamente los jueces de proteccional, sino toda la justicia de familia tiene que manejar esas 9 dimensiones extrajurídicas: teoría de apego, el modelo de Bronfenbrenner, el modelo de sistema familiar, tienen que manejar nociones de enfoque de género, etapas de desarrollo y se van otras. Esas son cuestiones de contenido básico. O sea, en la buena onda, si un juez no sabe lo que significa el modelo ecológico, estamos, fuera. A eso me refiero con especialización.”

Curador ad litem 1

“Yo creo que formación sí o sí en los agentes en cuanto a la dinámica del derecho a participar, a ser oído en cuanto a digamos instrumentos o herramientas para poder entrevistar al niño que no es fácil y, además, el niño en sede judicial son niños que tienen un problema específico que resolver”

Juez 1

e. Mejorar las herramientas comunicacionales de los profesionales para interactuar con los NNA

Los entrevistados enfatizan en introducir mejoras en los procesos judiciales y en las herramientas de comunicación de los profesionales para que la participación de NNA no se limite al diálogo directo, sino que se expanda a otras formas de comunicación y observación que permite involucrar especialmente a NNA de corta y mediana edad, con capacidades distintas o neurodivergentes.

En esta línea, los entrevistados proponen ampliar las herramientas para la comunicación, escucha y observación de NNA por parte de los profesionales que intervienen en los procesos judiciales sobre vulneración de derechos, garantizando el ejercicio del derecho a la participación a NNA de todas edades y capacidades, deconstruyendo la idea que participar solo significa hablar y escuchar.

“Los niños de esas edades, pequeños, siempre van a hablar, tú no necesitas preguntarle, ellos pueden hablar solos, pero hay que meterse un poquito ahí, por ejemplo, digámoslo de esta forma: “Micky Mouse”, te disfrazas de Micky Mouse, le llevas un dulce a este niño y le empiezas a hablar, el niño va a hablar solo

si tú estás disfrazado de Micky Mouse siendo que sea el mismo abogado disfrazado de Micky Mouse, entonces de esa forma el niño va a hablar mucho más. Si tú te disfrazas del Chavo del 8, el niño va a pensar que el Chavo del 8 es de la misma edad que él, entonces no hay una jerarquía de edad, para hablar con un niño de 7 años, tú tienes que utilizar el mismo lenguaje del niño de 7 años, es la única forma de que el niño hable, si tú tienes 30, 40 años y estás hablando con un niño de 7 años hay un cortocircuito, uno tiene que bajarse a ese nivel y para bajarse a ese nivel uno tiene que disfrazarse, ponerse una máscara, cosas como esas o llevar al niño, por ejemplo, a Fantasilandia y que este niño pase un día con el abogado en Fantasilandia, ese día el niño va a hablar todo porque no va a ser un abogado extraño, va a ser el tío o el caballero o la señora disfrazada que lo llevó a Fantasilandia y va a ser su amigo y cuando uno tiene un amigo habla de todo.”

Exsuaría 1

“Yo creo que formación sí o sí en los agentes en cuanto a la dinámica del derecho a participar, a ser oído en cuanto a digamos instrumentos o herramientas para poder entrevistar al niño que no es fácil y, además, el niño en sede judicial son niños que tienen un problema específico que resolver”

Juez 1

Asimismo, uno de los curadores propone actualizar los canales de comunicación con NNA, generando la posibilidad de enviar consultas, opiniones o requerimientos mediante ciertas plataformas digitales masivamente utilizadas por las actuales generaciones de NNA.

“(…) apuesto a que algunos mecanismos de participación de los niños pasan por el uso inteligente de redes sociales: de Facebook, de Messenger, de WhatsApp, de otras redes. Me parece a mí que un uso inteligente de redes puede hacer un mecanismo de recepción de canal de denuncia mucho más cercano a ellos que una página web, un formulario, un teléfono, yo creo que uno podría imaginar ahí un canal de comunicación súper seguro.”

Curador ad litem 1

f. Priorizar la realización pronta de la audiencia preparatoria, por sobre la dictación de medida cautelar

Una de las consejeras técnicas entrevistadas expone una mejora procesal que optimiza la concreción del derecho a la participación en los procesos judiciales sobre vulneración de derechos. Previene que realizar esta mejora es posible porque su carga laboral es adecuada, ya que trabaja en un Tribunal de Familia de regiones.

Con el objetivo de siempre hacer participar al NNA recomienda que, una vez iniciado el procedimiento, se priorice la realización de la audiencia preparatoria, siendo excepcional la dictación de medidas cautelares inmediatas solo en los casos de vulneración de derechos especialmente graves y notorios. Esto permite realizar audiencia reservada o programarla en esa instancia.

Indica que la realización de la audiencia preparatoria se debe hacer en el tiempo reglado legalmente –al quinto día una vez iniciado el procedimiento de oficio o por requerimiento–, de tal forma que se responda a la urgencia que demanda el proceso.

“Que nos digan, por ejemplo, que hay otros tribunales que llegan a la audiencia preparatoria y te dicen “este niño tiene ta, ta, ta, ya lo vamos a derivar a tal programa” y yo me he negado a hacer eso, entonces los jueces me dicen “pero si aquí se ve claramente”, entonces digo “no, no conocemos al niño, no sabemos”, tenemos un hecho que fue el evento vulnerador que al o mejor puede incluso estar comprobado, pero no sabemos el efecto que ese hecho vulnerador tuvo en ese niño, entonces yo no puedo pretender que porque tengo un hecho vulnerador voy a saber las consecuencias, porque si yo hago ese salto me pasó por sobre el niño y cómo él vive esa experiencia, entonces como que no y entonces como que ahí de nuevo como la función de mostrar al niño, veamos al niño, qué es lo que está pasando, a lo mejor efectivamente este niño está muy dañado, pero a lo mejor no, no está tan dañado ¿por qué no está tan dañado? porque tiene recursos. Porque si no es como al final causa-efecto, tenemos la persona al medio, una persona con una historia, con una familia, con un grupo, entonces no podemos pretender... Entonces esto como de estandarizar nunca puede ser tan simple al final.

(...)

Lo que yo hago como para minimizar el riesgo de esa pauta generalmente, no a menos que sea una cosa muy grave que tú dices sí, que aquí hay que sacar el tipo de la casa porque están, no sé, tal cosa, pero si no yo digo “esperemos hasta la audiencia”, entonces generalmente mi sugerencia abajo es: “es necesario obtener más información respecto de..., sugiero en este momento no adoptar medidas cautelares a la espera de audiencia”, y como sé que en 5 días más va a estar, digamos, acá ok, no hay problema. Cuando es muy grave, claro, uno ve ahí. Si tú, por ejemplo, tienes otras causas asociadas, que tienes como otro, pero si tienes solo el parte, a menos que sea una denuncia muy grave como te digo, yo prefiero esperar como para ver al niño o ver la otra parte también (...).”

“Nosotros además fijamos la primera audiencia en 5 días, nosotros cumplimos con el plazo legal, por eso te digo modo Peumo, en 5 días nosotros tenemos a las partes en el tribunal, o sea por Zoom o lo que sea, entonces en estricto rigor no va a pasar mucho tiempo.”

Curador ad litem 1

g. Aumentar la interposición de recursos

Se propone que las partes y los curadores ad litem de los procesos judiciales sobre vulneración de derechos interpongan una mayor cantidad de recursos contra las resoluciones judiciales que obstaculicen o nieguen el derecho a la participación del NNA.

“Hemos pensado en la litigación estratégica, golpear el sistema con apelaciones, quejas, casaciones. Pero no da, yo llevo entre 10 y 15 causas y es un voluntariado el que hago, absolutamente probono, entonces tampoco me da para dedicarle todo mi tiempo. Nosotros lo que hemos hecho con [xxx], la [xxx] y toda la gente de [xxx], en las consultorías o asesorías al Programa Mi Abogado, es incentivarlos en la motivación para que apelen. Pero también ahí la carga del trabajo se los come. Ese es un súper buen programa, pero están desbordados de carga, es imposible ahí apostar a la calidad. Lo que te digo es un trabajo a largo

plazo, porque si los jueces se viesan tensionados por “oye, ya llegaron los curadores a presentar recursos” a lo mejor le pondrían más color, pero puede ser que no tampoco.”

Curadora ad litem 3

h. Ajustar el diseño ambiental y espacial de los Tribunales de Familia a las necesidades de los NNA

Una de las curadoras ad litem propone dos mejoras relacionadas al diseño de los espacios físicos de los Tribunales de Familia que impactarían en la percepción y el desenvolvimiento de NNA en dichas instancias.

En primer lugar, recomienda ambientar los Tribunales de Familia con diseños acogedores, luminosos y coloridos, que otorguen mayor cercanía a las personas, especialmente a los NNA.

“(…) en familia los lugares debieran ser mucho más amigables, debieran ser mucho más parecidos a otra cosa, no a una cosa así como tan estructurada, tan fome al final, porque uno no tiene ni un cuadro, no tienes nada de color, hay tribunales acá que han pintado las salas de audiencias con las manos de niños, hay otros lados en que esta misma jueza ella nos mostraba su estrado y lo tenía como todo decorado, tenía decorado el micrófono.”

Consejera técnica 3

En segundo lugar, recomienda una disposición horizontal de la sala de audiencia de los Tribunales de Familia, de tal forma que los intervinientes, y especialmente el NNA, perciban y se predispongan a una conversación en un espacio menos jerárquico y más acogedor y amigable.

“(…) nos mostraba una foto de cómo era una sala de audiencia allá en España en los tribunales de familia (no sé cómo le llaman allá), pero era una mesa larga como redonda, pero larga efectivamente. Había una persona que grababa que estaba en otro escritorio, pero en esa mesa larga se sentaban todos a la misma altura, estaba el juez, estaba... no sé cómo se llama la figura allá, pero el personal de apoyo psicosocial, los abogados, las partes fijas, yo siento que eso sería muy fundamental, porque cuando tú entras a un lugar... ahora, tú tienes a un juez que está en un estrado, tienes a un consejero técnico que está en un estrado más bajito eso sí y las partes separadas por escritorios además. Inmediatamente lo que tú te imaginas ahí, o sea, sin saber de qué se trata, o sea, yo, si yo entro a ahí, digo ‘ya, esa persona que está allá arriba tiene que ser el más importante, por lo tanto, es el que va a decidir, el que está al lado está cerca de esa persona entonces a lo mejor como que le puede hablar al oído como el consejero’, y si yo llego y entro y veo un escritorio para uno y un escritorio para otro, estoy diciendo ‘ah ok, entonces aquí estamos en posiciones encontradas, porque no estamos en un mismo escritorio, estoy en una parte y él en otra parte y estoy como al frente’, entonces no estamos hablando de lo mismo, es como si no estuviéramos hablando de lo mismo porque yo tengo una zona y el otro tiene la otra zona y lejitos un poco. Entonces yo pensaba ¿qué pasa si tú entras a una sala y te encuentras como con una sala de reunión?, no vas a una sala de audiencias, vas a una sala como de reunión, entonces nos sentamos todos y es como ‘bueno, estamos aquí para conversar de esto que pasa y para ver si podemos acordar algo entre todos que sea como lo mejor’.”

Consejera técnica 3

Aún si no se cuenta con sala Gesell o los jueces deciden no utilizar dicha infraestructura, algunos entrevistados manifiestan que adaptan un lugar, que puede ser incluso la sala de audiencias, colocando juguetes, sentándose al mismo nivel o tomando otras medidas que hagan cercano y agradable el espacio para el NNA.

“Entonces tiendo a hacerlo en general en la misma sala de audiencia, en el mismo espacio o nos ponemos en el suelo o en alguna mesa que acondicionamos para estos efectos. Hay unas salas que logramos dejar fijas para lactancia o para descanso mientras la gente, las mamás, esperan la audiencia, entonces esas cuando están desocupadas las ocupamos, y, en algunas ocasiones que son niños más chicos que están con algún problema más complejo, ocupo mi oficina donde tengo una alfombra, los muñecos, los peluches y ahí vamos siempre con él o la consejera que me asignan a la causa en particular.”

Juez 1

6.2. Conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso

En los siguientes subcapítulos se aborda directamente los resultados obtenidos para cada uno de los requisitos de la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales protectores chilenos.

El primer requisito de la dimensión de involucramiento de la participación significativa exige a los profesionales tomar conocimiento de la opinión del NNA sobre las eventuales decisiones que podrían adoptarse en el proceso judicial de aplicación de medidas de protección, mientras se está debatiendo el caso. Por ello, desde el inicio del proceso judicial hasta antes de la toma de la decisión todos los intervinientes del procedimiento deben generar instancias, mecanismos y estrategias para garantizar que el NNA exprese su opinión y sea escuchado sobre las posibles medidas de protección que podrían decretarse.

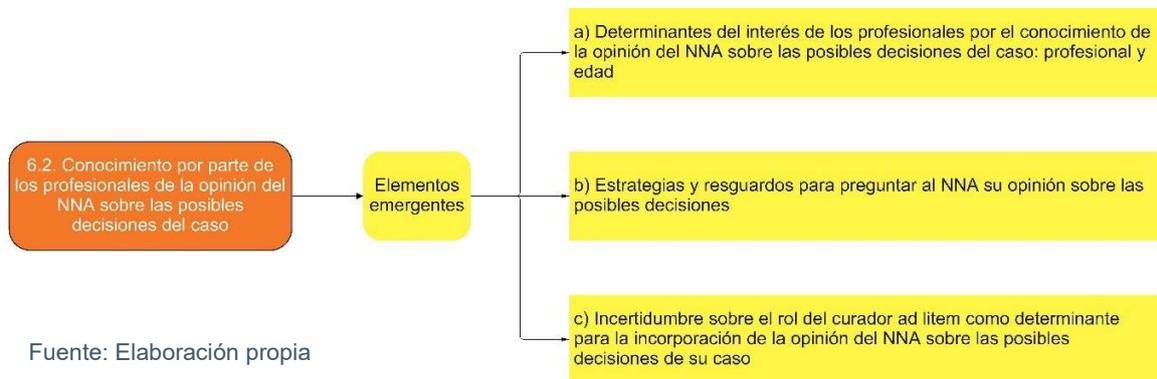
En este subcapítulo se exponen las percepciones y opiniones que tienen los entrevistados tanto sobre elementos emergentes que componen esta segunda categoría temática principal, como de los problemas que obstaculizan la concreción de este conocimiento de la opinión del NNA por parte de los profesionales y las mejoras propuestas a su favor.

6.2.1. Elementos emergentes respecto al conocimiento de los profesionales de la opinión de NNA sobre las posibles decisiones del caso

Del análisis de las entrevistas realizadas emergieron elementos generales que impactan y se relacionan con la toma de conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre las eventuales decisiones proteccionales que podrían decretarse.

Estos elementos se ilustran a continuación y se describen en los siguientes apartados:

Resultado 4: Elementos emergentes respecto al conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso



a. Determinantes del interés por el conocimiento de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso: profesional y edad

En las entrevistas se constata una diferencia en el nivel de interés por conocer la opinión del NNA sobre las posibles decisiones de su caso, según si se trata de un determinado profesional o si el sujeto del proceso judicial es un o una adolescente.

Los profesionales curadores ad litem consideran esencial para el ejercicio de su labor de representación conocer la opinión del NNA sobre las posibles decisiones que podrían tomarse en el procedimiento judicial.

“Entrevistadora: entonces antes que se tome la medida ¿se le pregunta al niño, desde tu labor, qué opiniones tiene sobre las posibilidades que se podrían tomar de medida? ¿se conversa con él esas posibilidades distintas que se podrían dar?

Curador ad litem: Sí, esa es la idea para poder representarlo de la mejor manera. Personalmente yo le pregunto directamente qué medidas considera que le gustaría se tomaran para mejorar su vida en este caso y solo eso me permite representarlo ante el Tribunal.”

Curador ad litem 2

Por otro lado, destaca el especial interés de los profesionales por conocer la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del proceso judicial cuando se trata de adolescentes, ya que, si este no está de acuerdo con la medida es muy probable que realice acciones para hacerla inoperante. Consideran que respecto a los adolescentes el tribunal tiene menos control para hacer cumplir la medida de protección que dictamine, por lo que, conocer su opinión sobre las posibles decisiones es esencial para su efectividad.

En este sentido, la edad constituye un determinante del interés de los profesionales por conocer la opinión del NNA sobre las posibles decisiones que se están considerando en la resolución de su caso.

“[C]uando ya son más grandes, que ahí el interés de manifiesto se hace de todas maneras explícito, todos sabemos que no podemos adoptar una decisión de un niño más grande sin consultarle, sin saber su parecer sobre las decisiones que se barajan.”

Consejera técnica 1

b. Estrategias y resguardos para preguntar al NNA su opinión sobre las posibles decisiones

Respecto a esta modalidad, tanto jueces como curadores ad litem alertaron la importancia de la técnica que deben emplear los profesionales cuando dialogan con NNA sobre su opinión de las eventuales decisiones que pueden decretarse, no siendo procedente -en caso alguno- preguntar directamente al NNA cuál decisión desea o interrogarlo sobre una posible decisión en particular, sino que, por el contrario, lo adecuado es dirigir la conversación consultándole sus sentimientos sobre lo que está ocurriendo, cómo podrían ayudarlo, qué necesita, cuáles serían las posibilidades, etc., de tal forma que pueda expresar sus preferencias.

“Pero nuevamente hay que tener cuidado de que el niño no sienta que abandona un padre por pedir algo, eso me parece a mí que requiere más trabajo. Sin embargo, yo acabo de tener en el centro de medidas cautelares, un consejero técnico que le preguntó a un niño “¿con quién quieres estar tú?”, que es la pregunta por definición que yo enseño que nunca hay que hacer, nunca hay que hacer eso. Bueno, este consejero le pregunta y lo cuenta después “oye, yo le pregunté al niño”, es el nivel de imbecilidad mayúsculas, o sea hacer una barbaridad y no tener conciencia de la barbaridad que estás haciendo y él lo muestra como la mejor práctica de haber escuchado al niño. Entonces tenemos que, me parece a mí lo más valioso, puede ser escuchar opiniones, pero eso requiere de más cuidado.”

Curador ad litem 1

“Es que la pregunta no dice relación con las decisiones, uno le pregunta respecto de lo que él siente con lo que está pasando y cómo se sentiría mejor, de qué forma se sentirían mejor o se sentiría igual de bien si dice “estoy súper bien, estoy contento” y ¿qué hacemos para que sigas contento? y ahí dice “estar como estoy” o dicen “no, estoy súper triste”, “y ¿cómo lo podemos cambiar?, o sea ¿qué te haría feliz?”, pero no se le pregunta la decisión propiamente tal, y uno va indagando respecto de los sentimientos, respecto de su vida y su futuro y ahí es donde uno va concluyendo.”

Jueza 3

c. Incertidumbre sobre el rol del curador ad litem para la incorporación de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso

Se constata entre los curadores ad litem una alta discrepancia sobre si su rol, como representantes judiciales del NNA en el proceso judicial, es defender el interés manifiesto o el interés superior del NNA.

De cuál es el rol del curador ad litem depende, en gran medida, si el Tribunal llega a conocer la opinión del NNA sobre las eventuales decisiones que se podrían decretar.

Por un lado, algunos curadores ad litem indicaron que, por ser abogados del NNA, deben representar siempre en el proceso la opinión o interés manifiesto de aquellos. No obstante, estos mismos también reconocieron casos excepcionales y minoritarios en que, sin dejar de exponer primeramente la opinión del NNA, deben manifestar al tribunal su opinión personal sobre la decisión que consideran mejor resguardaría el interés superior del NNA, como son los supuestos de imposibilidad de comunicación con el NNA o los casos de inoculación.

“Sí, nosotros hemos relevado mucho, es parte de nuestro modelo jurídico, eso que tiene una nomenclatura que se denomina el interés manifiesto vs lo que algunos denominan interés superior. Es decir, el interés manifiesto es yo defendiendo exactamente lo que el niño me pide, el interés superior, en cambio, en la lógica que entienden algunos colegas, es que yo puedo discriminar si lo que el niño me dice es correcto o no es correcto, en base a eso voy a formular una pretensión. Uno de los primeros casos que tomamos como corporación, había un chico que se había arrancado del Cread Pudahuel y llegó a la oficina nuestra y eran dos chicos y uno de ellos nos plantea que él no quería volver a Pudahuel y en esos mismos días su curador había alegado porque el chico volviera a Pudahuel. Por supuesto, a mí me parece que eso es intolerable, no puede ser que un curador tenga ese tipo de comportamiento a tanta distancia de lo que el niño quiere, sobre todo porque además el no volver a Pudahuel, al Cread, un centro bastante lamentable, es bastante razonable, no hay que imaginarse muchas cosas, hay otra residencia que uno puede concederle un poco más, pero a Pudahuel nadie que yo conozca del circuito va a decirme “es un súper buen centro, el niño va a estar súper bien cuidado”, no. En Pudahuel le van a pegar, lo va a pasar muy mal, hay riesgo de cuestiones sexuales, o sea, me parece súper comprensible porque un chico pueda no querer estar en el Cread Pudahuel mucho. Por lo tanto, mi primera posición ahí es que incluso estando en la calle está mejor que en Pudahuel. Seamos francos, esa es mi lectura, quiero ser muy claro, un chico del sistema proteccional está mejor en la calle que en el Cread Pudahuel. Si yo como curador no parto de esa base y le desconozco al chico la capacidad de elegir lo mejor para él, a mí me parece que estamos en otro lobby.”

“(…) nosotros creemos que tenemos que defender la voluntad manifiesta, porque hay otros actores que van a hacer otro rol también, si fuéramos los únicos por supuesto que tendríamos quizás que pensarlo, pero en el rol que jugamos nosotros no hay ningún riesgo en que nosotros nos representemos fuertemente lo que el niño nos pide.”

“Distinto es aquellos casos -y eso también hemos construido y están en nuestro estudio, también hay literatura sobre este tema en distintas partes del mundo- cuando la voluntad está interferida. Yo tengo un chico con consumo de droga o un chico que está con algún trastorno de salud mental muy grave, tengo una chica que tiene un tema de esquizofrenia agudísimo, por supuesto que ahí yo no puedo, su voluntad está interferida y entonces ahí sí yo tengo capacidad como curador de buscar con otros actores, con su familia, con los profesionales, la determinación de aquello que sea mejor para ella.”

Curador ad litem 1

“Absolutamente, y en el programa que yo estoy se defiende además el interés manifiesto del niño, salvo tres excepciones. Nosotros trabajamos en base a estándares, yo te los puedo mandar después, que nosotros elaboramos en una investigación que hicimos junto a UNICEF y el Programa Mi Abogado, y uno de los estándares es precisamente la defensa del interés manifiesto, salvo tres excepciones. Una, que no podamos conocer ese interés manifiesto. Ejemplo, no es posible tener contacto con el niño porque los padres obstaculizan o porque no se sabe su paradero, etc.

Dos, porque se trata de un lactante, a pesar, de que, con el equipo de psicólogos, intentamos ver, si se trata de una guaguüita, si le tira los brazos a la mamá, ver cuál es el comportamiento.

Tercero, cuando ese interés manifiesto es contrario al interés superior. Un ejemplo que me tocó a mí de un niño de 12 años que quería vivir con la mamá, se estaba discutiendo el cuidado personal entre la madre y los abuelos, la mamá era ultra consumidora, vivía en una casa okupa de dos dormitorios, 28 personas, la madre no había adherido a ningún tratamiento de rehabilitación de drogas, incluso seguía consumiendo estando con otro embarazo y había tratado, incluso, en un ataque de abstinencia de quemar la casa de un vecino; entonces, el equipo de psicólogos estimó que el niño de 12 años no podía tener conocimiento cabal de todas estas cosas que te estoy contando y otras peores de promiscuidad y cosas bien tremendas, y el niño insistía en vivir con la madre. Ahí nosotros lo evaluamos y dijimos que, por habitabilidad, por temas de seguridad y riesgo, este interés manifiesto es contraproducente con el interés superior.

El último, en los casos en que constatamos, pero tenemos que tenerlo súper constatado, que hay inoculación, es decir, que vemos que uno de los padres está inoculando al niño contra el otro e incidiendo absolutamente, uno se da cuenta en la forma en que hablan, que tienen caso un guion armado, nos han capacitado un poco para captar estos casos de inoculación.

Esas son las únicas excepciones que son bien extremas. El tema del interés manifiesto en contra del interés superior me ha tocado una vez desde el 2014 a la fecha, que son los años que llevó en ejercicio como curadora. De inoculación una vez también. Guaguüitas y eso me ha tocado más.”

Curadora ad litem 3

Por otro lado, uno de los curadores ad litem afirmó comprender su rol desde una posición intermedia en que, en tanto representante del NNA, debe transmitir al tribunal la opinión manifiesta de aquel, pero también su opinión personal respecto a la decisión más acorde a su interés superior.

“Yo me pongo al lado de él, entonces ¿cómo vamos a hacer esto, etc.? siempre previniendo de que la decisión puede no ser la que nosotros queramos, pero la vamos a plantear igual y de ahí el rol también con el tribunal de decir “mi representado está en esta línea, sin perjuicio lo cual, eventualmente nosotros consideramos que para eso falta”.”

“**Entrevistadora:** De lo que tú me comentas me salta este conflicto entre el interés manifiesto del niño, que es lo que él te dice que quiere, y justamente quizás ustedes considerando su interés superior, dependiendo de los otros elementos. En general, ahí, tú luego, hacia el juez ¿cómo llevas eso? ¿comunicas las dos cosas?”

Curador ad litem: Sí, comunico las dos cosas.

Entrevistadora: ¿Estratégicamente eso funciona siempre tan así?

Curador ad litem: Sí, lo que pasa es que el tribunal agradece que haya alguien que diga, afortunadamente no somos jueces y no somos los que tomamos la decisión, pero se agradece que haya alguien que exponga lo que el niño quiere y por qué quiere esto y ahí nosotros podemos hacer una distinción, “mi

representado ha planteado esto, nosotros lo conversamos con él/ella, le planteamos que nuestra posición más bien se ubica por este otro lado y creemos que..., etc.". El límite, en general, también es algo que se ha estudiado o que hay relativo consenso, el límite a la representación del interés manifiesto también tiene que ver con la integridad, yo no voy a defender a raja tabla una solicitud de mi representado que yo tenga la certeza de que va a ser perjudicial para él (...)"

Curador ad litem 2

El rol del curador ad litem también fue discutido entre los jueces y consejeros técnicos entrevistados. Algunos consideran que los curadores ad litem aportan su opinión personal al proceso, dejando disminuida la opinión del NNA.

"(...) pero ahí también me pasan cosas con los curadores como que yo he visto acá en este tribunal. Yo creo que los curadores se contactan con el niño, pero finalmente dan su opinión respecto del niño."

Consejera técnica 3

La mayoría de ellos señaló que la labor del curador ad litem debería ser representar el interés manifiesto del NNA, pues, de no ser así, la voz del NNA no sería directamente integrada ni recogida en el proceso judicial. Como fundamento de esto, arguyen que el encargado de velar por el interés superior del NNA es el tribunal, por lo que el único cometido indispensable del curador ad litem es transmitir la voz manifiesta del NNA.

"El principal conflicto que yo tuve con muchos curadores de mi región (cuando me tocaba tomar audiencia), tenía que ver con que ellos no conocían a sus niños, o sea a sus representados o "clientes", por lo tanto, lo que yo siempre les pregunté que nunca hubo una respuesta coherente, fue "y usted ¿a quién viene a representar, los intereses de sus representado al quien no conoce? o los ¿los intereses suyos que usted piensa que podrían ser los de su representado? Entonces eso motivaba mucho debate interno, pero también creo que sirvió para que los curadores y las curadoras pudieran entender que su rol es el de asimilarse a la figura de un abogado del niño que sabemos que en Chile no existe, pero que represente los intereses del niño y no los intereses propios o particulares, o sea me parece básico que los curadores deban conocer a sus representados, conocer ojalá las condiciones de cómo vive su representado."

Juez 1

"(...) también empezamos a pensar en esa época cuál era el rol del curador, porque tú sabes que la ley contempla al curador ad litem no para todos los casos, sino que solamente cuando hay versiones contrapuestas con los padres y nosotros empezamos a pensar: "puede que la versión no sea contrapuesta al padre, pero el niño si es sujeto de derecho tiene una función, una individualidad propia en el proceso aunque no tenga una postura contrapuesta", entonces empezamos a cuestionarnos ¿cuál es el rol del curador?, el rol del curador es: ¿velar por el interés superior? porque fue materia de discusiones jurídicas, o por el contrario, es a la voz del niño en el proceso judicial, porque nos pasaba mucho en la audiencia con niños que estaba en residencia, uno llegaba a la audiencia, la residencia estaba de acuerdo con que el niño se mantuviera, te voy a poner un caso fácil, por ejemplo, en los niños más pequeños siempre hay unas sutilezas, pero un niño de 15 años con la mamá en situación de calle, el papá con drogadicción, el niño en residencia y resulta que la residencia era de la opinión que se quedara en el hogar, el programa reparatorio también decía que se quedara en el hogar y estaban todos de acuerdo con que se quedara en el hogar menos el niño, entonces y si el curador me decía: "sí, es que el interés superior amerita que se quede en el hogar", nosotros decíamos "en realidad, no está siendo la voz del niño" porque nosotros necesitamos un curador que haga contrapeso, no que nos pongamos todos de acuerdo, sino que haga contrapeso para que su decisión tenga algún valor y si en realidad no está de acuerdo que apele y la corte verá si lo acoge o no

lo acoge. Entonces esta discusión fue bastante interesante porque muchos curadores pensaban que su labor era asegurar el interés superior y nosotros le decíamos “no”, asegurar el interés superior y analizar el interés superior y el decidir en base al interés superior le corresponde al juez, no al niño, porque si no, el niño no tiene ninguna posibilidad de realmente ser sujeto procesal, porque en realidad quiero plantear tal postura, pero nadie la iba a hacer valer en la causa.”

Jueza 2

“Recuerdo que yo fui a un curso que nos hacen todos los años del Poder Judicial y ahí comentamos harto la figura del curador y claro la figura del curador es como nos decía el profesor: “el curador tiene que defender la postura del niño aunque incluso el curador no esté de acuerdo con eso, aunque incluso el curador piense que eso le hace mal al niño”, o sea, por ejemplo, en una medida de protección si el niño dice “yo me quiero quedar con mi papá (por la razón que sea), pero me quiero quedar con él”, y uno ve que el papá es negligente, que es alcohólico, que incluso hasta puede ser un riesgo para el niño y a lo mejor el niño se quiere quedar ahí porque el papá le da mucha libertad y el niño hace lo que quiere y por eso se quiere quedar ahí con él, pero el profesor decía “el curador tiene que defender la postura del niño con argumentos jurídicos”, entonces aunque el curador diga “pucha, pero este papá le hace mal al niño o ésta mamá le hace mal al niño porque como que es demasiado permisiva, hay factores de riesgo, al niño le puede pasar algo”, pero esa es la postura como del adulto como curador. Entonces el curador debiera decir “el niño quiere quedarse con el papá, tengo que buscar argumentos jurídicos para que esa opción sea considerado por el tribunal” y eso creo que lo he visto una vez, muy poco porque generalmente lo que hace el curador es hablar con el niño de la causa y te da la opinión desde su experticia, “yo creo que lo mejor para el niño es que se vaya con el papá”, entonces al final hace como una especie entre como de abogado, pero también como especialista y como consejero técnico de repente también, porque al final el rol mío es como decir “mire en realidad ésta es la mejor alternativa para el niño independiente que el niño quiera o no quiera esta alternativa”, pero el curador es como “bueno, yo me pongo en mi posición de que yo veo esto y en realidad lo mejor para el niño es esto, entonces estoy de acuerdo con lo que dice la consejera técnico”. Y repente tú dices “pero el niño no está de acuerdo con esto”, tú sabes que el niño quiere otra cosa y nadie está como defendiendo la postura del niño que a lo mejor puede que no sea sensata, porque obvio es un niño, es un adolescente, no tiene por qué ser sensata, pero es eso lo que él quiere y desde ahí debería al curador defenderlo. Entonces tampoco siento que la figura del curador logre mostrar la postura del niño.”

“Yo nunca he visto un curador defender así lo que quiere el niño, decir “el niño quiere esto, pero en mi opinión lo mejor sería esto otro”. Creo que una vez vi a un curador defender el interés de la niña, pero incluso ahí el curador fue más allá, porque la niña no se quería ir a la residencia y no se quería ir y el curador se la jugó porque no se fuera a residencia, porque eso era lo que quería la adolescente y él se plantó ahí y dijo “no, por esto, por esto”, defendió la postura de la chiquilla y todos los demás nos decían que sí, que tenía que irse a residencia. Pero nunca yo he visto un curador que diga “mira, en realidad el niño plantea esto y a mí me parece que los argumentos jurídicos para eso serían esto, esto, esto, pero independiente de eso como que mi opinión es...”, como que siempre es como “bueno, yo como curador lo que veo es que lo mejor para el niño es atendido a su interés superior”.”

“(…) cuando yo te hablaba de este caso de que este curador se la jugó porque la niña no ingresara a residencia fue de este programa de PRJ, como que dijo “yo me entrevisté con la niña, la niña no quiere ir a residencia, yo creo que, por esto, por esto” y se la jugó así el abogado y nosotros estábamos como “esto es un curador”.”

Consejera técnica 3

Una de las consejeras técnicas dio su opinión en contrario, indicando que el rol de los curadores ad litem también es incorporar al proceso la decisión más adecuada al interés superior del NNA.

“Pero sí lo que parece a mí es que de pronto los curadores del Programa Mi Abogado, por ejemplo, se basan mucho en lo que se refiere al interés manifiesto del niño y, por ejemplo, a veces hay decisiones que hay que tomarlas desde la perspectiva del interés superior porque es verdad que a veces los niños pueden ponerse en situaciones de riesgo y ahí yo siento que les falta, no sé si decir formación o experiencia, pero como que de pronto se pierden en eso.”

Consejera técnica 1

Finalmente, es importante destacar que las juezas entrevistadas expusieron que la mayoría de las veces el interés manifiesto del NNA sobre la decisión que podría adoptarse coincide con la decisión ajustada a su interés superior. Por ello, el rol que adopte el curador ad litem respecto a qué interés defender solo es determinante para conocer o no la opinión del NNA en los pocos casos en que el interés manifiesto y el superior difieren.

“En general el interés manifiesto va en la línea del interés superior, salvo los niños grandes que están en residencias, que están sujetos muchas veces a situaciones de extrema vulneración de derechos, por ejemplo, niños con alto consumo de drogas, con explotación sexual, que tú sabes que el interés superior de ellos es quedarse en una residencia en un ambiente protegido, pero ellos claramente no están problematizando eso y lo que esperan es salir de ahí, incluso volver con sus agresores con tal de no estar en el hogar.”

Jueza 2

“Por regla general coincide el interés manifiesto con el interés superior, son muy pocos casos que los que te contaba yo que son como casos de libro, así como dramáticos en que ellos piden o quieren algo que realmente no va a ocurrir ni a corto plazo ni a largo plazo o tienen fantasías de que “pucha, déjeme con mis dos papás”, no, los niños cada vez tienen un discurso mucho más claro, tienen más acceso a la información, su lenguaje también es mucho más variado, entonces por regla general coincide el interés manifiesto con el interés superior y nos vamos con lo que ellos quieren, sienten. Sí, es muy poquito cuando que se toma una decisión contraria.”

Jueza 3

Advierten que, en los casos en que no hay coincidencia entre ambos intereses, como frente a NNA con problemas de drogas, el curador ad litem se ve obligado a representar el interés superior del NNA.

“(…) salvo los niños grandes que están en residencias, que están sujetos muchas veces a situaciones de extrema vulneración de derechos, por ejemplo, niños con alto consumo de drogas, con explotación sexual, que tú sabes que el interés superior de ellos es quedarse en una residencia en un ambiente protegido, pero ellos claramente no están problematizando eso y lo que esperan es salir de ahí, incluso volver con sus agresores con tal de no estar en el hogar. Esos son los casos que en general no están en consonancia y ahí los curadores hacen una labor bastante importante porque los curadores entienden que ellos tienen que ser la voz, entonces ellos dicen “magistrado, mire, yo entiendo que aquí mi labor es decir lo que la niña quiere, la niña quiere salir de la residencia y yo voy a apelar, pero yo entiendo que hay una situación grave de vulneración, por lo tanto, también lo dejo a su criterio.”

Jueza 1

6.2.2. Problemas para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de NNA sobre las posibles decisiones del caso

Los entrevistados manifestaron los inconvenientes que obstaculizan a los profesionales conocer la opinión de los NNA sobre las posibles decisiones que pueden adoptarse en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección.

La ilustración sintetiza los obstáculos constatados que serán descritos en los siguientes apartados:

Resultado 5: Problemas para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de NNA sobre las posibles decisiones del caso



a. Calidad dispar de las audiencias reservadas según el diseño de cada juez

Si bien la audiencia reservada es el mecanismo que le permite al Tribunal de Familia conocer de manera más directa la opinión del NNA sobre las eventuales decisiones del caso, lograr aquello depende de la calidad con que el tribunal, y particularmente el/la juez/a, lleve a cabo la diligencia.

Los profesionales entrevistados advierten que la calidad de las audiencias reservadas no es homogénea, sino que varía en cada tribunal dependiendo del diseño que determine el/la juez/a a cargo.

Los entrevistados advierten que cada juez/a asienta en el tribunal ciertas prácticas que constituyen un protocolo propio para dirigir audiencias reservadas, no apoyándose lo suficientemente en el consejero técnico para el cumplimiento de este objetivo, aunque estos últimos sean quienes poseen mayor conocimiento técnico sobre cómo dirigir la comunicación con el NNA en una audiencia reservada.

“Es un diseño muy particular y una situación muy puntual, no es algo como que el consejo técnico haya propuesto “miren hagamos un protocolo, a los niños los escuchamos así”, no, para nada, depende de cada juez”

Consejera técnica 1

“(…) no tienen claro el objetivo los jueces de la entrevista, no lo conversan previamente con los consejeros técnicos, entonces al momento de la entrevista la calidad cuando la realiza un juez de familia disminuye absolutamente. O sea, es el consejero el que eleva la calidad de la entrevista, más o menos tiene claro el objetivo, sabe un camino que seguir, sabe preguntas abiertas, cerradas, etc., y luego se le proporciona información, o sea los pasos a seguir del encuadre, desarrollo, cierre: el consejero lo tiene mucho más claro que el juez.”

Jueza 3

Los profesionales percatan que algunos jueces de familia sobrevaloran sus capacidades y habilidades para entrevistar a los NNA y conocer sus opiniones, a veces sustentándose en razones inconexas o poco objetivas como el hecho de ser padre o madre.

Indican que la autopercepción positiva extrema de los jueces sobre sus capacidades para entrevistar genera el alejamiento o, derechamente, la exclusión de la consejería técnica durante la audiencia reservada, arriesgando la calidad de la forma en que se recoge la opinión del NNA.

“(…) yo no te diría que en general los jueces consideren fundamental o necesaria la presencia del consejero para efectos de entrevistar un niño, yo creo que ellos se sienten con las competencias necesarias, con la información y con la formación necesaria para entrevistar niños, aunque eso puede ser bastante cuestionable, pero ellos lo creen así.

Pero hay jueces que nunca aceptaron eso (que el consejero técnico guiara la entrevista) y ellos entraban a la sala espejo con el niño y con el consejero o a veces dejaban al consejero fuera derechamente, entonces eso te muestra a ti cómo hay una variedad tan grande.”

“(…) pero también hay otros que no, que derechamente entran y lejos de generar un espacio, lo que intentan es obtener información y muchas veces estresan a los niños y se generan situaciones críticas a veces en el contexto de las entrevistas, todo eso yo lo he visto.”

Consejera técnica 1

“Había otros que decían “mis entrevistas son maravillosas, son fantásticas porque yo me vinculo súper bien porque tengo un hijo de 14 años, entonces con los de 14 y 15 años yo me llevo súper bien”, era como “no, porque él no es tu hijo” ¿quién te dijo a ti que te iba a ir bien?”

Jueza 3

Por el contrario, los entrevistados concuerdan en que las capacidades de los jueces para entrevistar a NNA son deficientes, ya que no logran siempre con éxito recoger su opinión sobre eventuales decisiones que podrían decretarse o sobre otros asuntos centrales para tomar la decisión.

“Fue aumentando la cantidad de escuchas, pero yo siento que no fue aumentando la especialización de los jueces para realizar estas escuchas. En el fondo, fuimos sumando a niños, pero no nos fuimos capacitando, porque entrevistar a un niño es muy diferente de entrevistar a un adulto, entrevistar es distinto a como conversar y entrevistar a niños es muy distinto a entrevistar a cualquier otra persona. A algunos los forman con suerte para entrevistar a imputados, por ejemplo, con preguntas así más capciosas, pero a un

niño es muy difícil. Yo hice un diplomado de un año en donde pude entender que es necesario tener conocimientos específicos, entonces ahí hay un reparo del sistema.”

Juez 1

“Yo lo manejo porque partí con lo de la cámara Gesell, entonces ya por la práctica y la experiencia más o menos entiendo, pero todavía hay jueces que no quisieron/no quieren utilizar la herramienta, no leen los manuales, no conocen los estándares internacionales, no conocen la jurisprudencia en la incorporación de la entrevista del niño, en la importancia de su derecho a opinar que forma parte del derecho de la participación, etc.”

“(…) una jueza que le pusimos el audio delante de ella y hablaba súper fuerte y era como “HOLA”, pero era buena onda ella, pero hablaba fuerte y ella dijo “esa no puede ser mi voz” y todos le dijimos “pero así hablas tú”, “no” decía “yo no hablo así” “sí, así hablas, en serio”, entonces nosotros como abogados no tenemos la formación de escucharnos, de vernos, yo no sé si tengo un tic, no sé si mi voz cansa, aburre, de repente abogados que se quedan dormidos porque hablo mucho también. Entonces toda esa formación que tienen los psicólogos de analizarse, de revisarse, de que una dupla te diga “mira, tienes el tic, baja no sé qué, deja de mover tanto no sé qué” ¿entiendes?, esa reglamentación nosotros no, porque nosotros somos solos, decidimos solos, tomamos decisión solos, tenemos todo el poder nosotros, entonces cómo me vas a venir a decir tú a mí que se me cae un ojo y que eso puede asustar a un niño y es como “sí, te lo puedo decir, trata de mejorar esto, tu postura, tu voz, tu tono de voz, tú no lo haces bien”, o sea yo te puedo decir “no lo haces bien” y eso no quiere decir que seas una mala jueza, quiere decir que eres una mala entrevistadora, pero sigues siendo una buena jueza porque tomas buenas decisiones, entonces el querer abarcar “yo soy buena jueza, entiéndase me conecto con los niños, buena jueza de familia, por lo tanto, tengo una conexión con los niños”, eso no es real, eso no forma parte de ser juez tampoco.”

Jueza 3

“Hay casos que son mucho más sensibles, que la forma de abordar ciertos temas en determinados casos puede resultar, incluso podría ser contradictorio para nuestros objetivos, o sea, podría hasta ser más perjudicial ciertas formas de plantear las cosas, estoy pensando en generar expectativas o abrir ciertos temas, de repente, cuando hay adultos que han vulnerado y han agredido a los niños y son temas que terapéuticamente están siendo abordados de una determinada manera, abierto o no, o todavía no se ha abierto ese tema, entonces yo también no voy a plantear ahora: se va a discutir “la prohibición de acercamiento de tu padre” cuando esta persona no quiere, no necesita, desde su intervención terapéutica, reabrir eso en este momento porque todo es un proceso más reparatorio.

(…)

Hay mucho de técnica que siempre es necesario perfeccionar y quizás desde la judicatura hay mucho que trabajar ahí (...). (...) los profesionales que los acompañan en general también como que apoyan un poco en eso, pero yo creo que falta mucho trabajo en esa línea.”

Curador ad litem 2

La determinación aislada por cada juez del protocolo para la escucha del NNA también se evidencia en el uso discrecional de la sala Gesell al momento de realizar la audiencia reservada, que actualmente se usa muy poco y depende netamente del criterio del juez.

“Hubo una capacitación (sobre uso de salas Gesell) a nivel nacional también en relación a eso. Las salas están, yo siento que en el fondo si el Poder Judicial invirtió tanto dinero en capacitación, en infraestructura,

le falta mayor método de control. O sea, yo cuestiono de que se haya hecho un gasto tan grande, valoro que se haya hecho en términos de la importancia que ello tiene, pero cuestiono que ese gasto se haya efectuado, que no haya forma de controlar que efectivamente se está utilizando ese recurso. Esto quedó muy a la deriva de que si el juez quiere lo hace, si no quiere no lo hace y nadie sabe en definitiva pese a que se han hablado porcentajes de que han amenazado en algún momento de las cortes de que hay tribunales que usan más y otros que usan menos la sala Gesell. Hay nomenclaturas incluso que se ha incorporado al sistema "Ejercicio del derecho del niño a ser oído", o sea, el sistema puede medir, pero pareciera que a nadie le importa mucho la forma en que eso se está subutilizando, porque en definitiva hay personal, hay lugares, hay todo, pero siento, de una u otra forma, que hay un factor que tienen que ver con la voluntariedad, que se deja esto muy entregado a la voluntad de que si se quiere o no escuchar al niño."

Consejero técnico 2

"(...) yo tengo claro que no todos los tribunales ocupan la cámara Gesell y ahí no a todos los jueces les gusta entrevistar. No todos los jueces todavía dejan que el consejero realice una entrevista y algunos todavía se hacen los tontos, pero lo hacen en la sala de audiencia para callado porque son flojos, porque les da lata subir al tercer piso donde está la sala (...)."

Jueza 3

b. Falta de evaluación de la calidad de las audiencias reservadas

A su vez, los profesionales afirman que el Poder Judicial no ejerce un seguimiento evaluativo sobre la calidad de las audiencias reservadas, siendo que existe un manual que los tribunales de justicia podrían aplicar para propender aumentar sus cualidades al recoger la opinión de los NNA sobre las posibles decisiones del caso.

"El manual ya va a cumplir como 10 años, pero se han hecho revisiones por la Corte Suprema que lo ha reeditado y lo vuelve a mandar cada cierta cantidad de años, pero como no tenemos un seguimiento de la calidad de la entrevista, o sea si tú tuvieras acceso a 100 audios tú podrías chequear todo lo que yo te digo, "la magistrado en realidad tenía razón o no, ella está mirando el vaso medio vacío".

"No hay medición de calidad de la entrevista, de la cantidad tú podrías conseguirte cuánto es en cada tribunal, pero no de la calidad de si siguen los pasos."

"(...) entonces como no hay un seguimiento desde la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones, de la calidad de las entrevistas, pasa un poco desapercibido, se invisibiliza el tema."

Jueza 3

c. Baja realización de audiencias reservadas

Los profesionales advierten que en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección la realización de audiencias reservadas no es habitual, sino que, más bien, los Tribunales de Familia las decretan excepcionalmente.

"(...) los porcentajes de entrevista nunca han sido altos, o sea de acuerdo al centro de cumplimiento a nivel nacional, el observatorio del centro de cumplimiento y observación de medidas cautelares, esto es del poder judicial, a nivel nacional el 2019 de los casi 5 mil niños que hay en residencias, fueron oídos un 7% y el 2020 también cerca del 7%, o sea el 6-6,5%, o sea con o sin pandemia en vez de utilizar mucho más la tecnología para acercarnos, parece que no va con la herramienta, tiene que ver con que el juez se motive a

entrevistar. El tribunal de Iquique por lo menos entrevistó del total de las causas el 2019 como un 5%, o sea es poquísimo, los tribunales no llegan al 10% de la cantidad de niños que se ven en los tribunales de los que son entrevistados.”

Jueza 2

“En ese sentido yo creo que estamos al debe porque hoy día las entrevistas reservadas creo que están sumamente subvalorada. Acá se hacen esfuerzos, pero sé que hay tribunales donde no las hacen o hacen dos, tres al año como para cumplir.”

Consejero técnico 2

“En un bajo porcentaje de causas se hacen audiencias reservadas, no es en todas, no es la norma, no es como que tú dijeras regla general, entonces es como la excepción.”

Consejera técnica 3

Las principales causas de la baja realización de audiencias reservadas señaladas por los entrevistados son (i) la reticencia de los jueces de citar a audiencia reservada –dado que es una potestad facultativa de aquellos–; (ii) la escasa iniciativa de las partes para solicitar el ejercicio del derecho del NNA a ser oído, (iii) el sistema de radicación de las causas que opera en los Tribunales de Familia y (iv) la falta de tiempo por sobrecarga laboral.

En cuanto a la primera causa –la reticencia de los jueces a citar a audiencia reservada–, los profesionales entrevistados indican que constituye la razón mayoritaria que explica la baja cantidad de audiencias reservadas y que aquello es posible porque la regulación hace recaer en el criterio discrecional del juez la facultad de citar a audiencia reservada o no.

“Ahí te tendría que hablar por mí no más, porque como te digo, es un tema tan particular porque tú sabes que la ley de familia, la verdad es que no lo señala como trámite esencial. La jurisprudencia sí, hay fallos que sí, sobre todo en Santiago y San Miguel y la Corte Suprema también que lo asimila a un trámite esencial, pero todavía en la práctica los tribunales de familia no todos los jueces lo asimilan a un trámite esencial y queda casi como un trámite discrecional, queda a discreción del juez. Entonces en alguna oportunidades, por ejemplo, yo, por regla general siempre lo pido yo porque lo necesito, yo lo pido porque siento que lo necesito, o sea es como para mí “cómo no va a estar en algún momento la opinión del niño en la causa ante de dictar resoluciones o sentencia”; en los menores de los casos, son los curadores los que los piden, en los casos menores y cuando hay abogados particulares también los piden, pero también son pocos, por regla general es el juez el que solicita la entrevista y ahí tenemos el “problema” de que no todos los jueces consideran que es un trámite esencial y que realmente lo necesitan porque es casi que no fuera un derecho, sino que es a discreción del juez que le toca, entonces te toca en una sala, te pueden oír; te toca en otra sala distinta, ya no te van a oír porque cambia el juez, entonces cambia el criterio, pero yo siento que es esencial y yo creo que es un trámite esencial, yo creo que es un derecho fundamental a que participe en el proceso, entonces por regla general, yo lo pido, yo ordeno que sea oído y en otros casos, pocos, son los mismos niños que piden la entrevista, generalmente son adolescentes, de repente cuando se inician causas y van a carabineros, ellos en forma espontánea, a veces en otras ocasiones a través del consejero técnico piden ser oídos.”

Jueza 3

“Esto quedó muy a la deriva de que si el juez quiere lo hace, si no quiere no lo hace y nadie sabe en definitiva pese a que se han hablado porcentajes de que han amenazado en algún momento de las cortes de que hay tribunales que usan más y otros que usan menos la sala Gesell.”

Consejero técnico 2

“En general, los tribunales no tienen una regla uniforme de actuación, a nosotros nos parece que la revisión de la medida de protección tiene que hacerse siempre en audiencia y comparecencia del niño, ambas cosas, pero eso hace una pelea, no todos los tribunales hacen audiencia y comparecencia del niño, algunos hacen audiencia, pero citan a los profesionales, por ejemplo, y a los curadores, pero no comparecencia del niño porque nuevamente esta cosa de “mira, para qué lo vamos a traer para acá, va a perder un día”. (...)

Entonces cuando llegamos nosotros y le pedimos eso, el juez aceptó la audiencia de revisión, no tuvo problema, pero a la audiencia del niño no le veía utilidad, dijo “para qué”, la trató de sacar todo el rato y cerró la audiencia.”

Curador ad litem 1

La amplia facultad del juez respecto a la decisión sobre decretar o no una audiencia reservada, posibilita que los jueces justifiquen su negativa mediante argumentos muy diversos e, incluso, en algunos casos, asentados en prejuicios.

La siguiente tabla identifica las razones que esgrimen los jueces para no decretar una audiencia reservada del NNA, según lo señalado por los profesionales entrevistados:

Tabla 16: Razones esgrimidas por los jueces para no decretar audiencia reservada

Razón del juez para no decretar audiencia reservada	Relato
Edad del NNA o situación de discapacidad	<p>“Yo diría que eran más bien basadas en prejuicios, esto también es una calificación que yo hago porque muchos decían ‘no, porque depende de la edad’; ‘no, porque depende de si el niño puede o no puede hablar’; ‘no, porque depende si el niño quiere o no quiere expresar o ejercer su derecho’; ‘no, porque a veces lo podemos conflictual y citándolo en el tribunal lo podemos involucrar en un problema del que no es parte’. Entonces yo les comentaba que el comité de derechos del niño, que es la forma en que la convención busca una suerte de monitoreo, el comité a lo menos en dos observaciones ha dicho que el concepto de edad no debe ser relevante para permitir o no, sino que es un elemento más bien que exige el adulto contemplar mecanismos diferenciados dependiendo del grupo etario. Estoy pensando ¿yo tengo que escuchar a una guagua? por supuesto, ¿tengo que escuchar a un niño 17 años? por supuesto, lo que pasa es que la forma en que lo voy a hacer es distinta, a lo mejor a una guagüita lo voy a mirar, lo voy a observar, cómo lacta, con quién se relaciona y eso es participar; a un niño que no tiene habla lo voy a lo mejor trabajar desde la lógica de los dibujos, el juego, etc.; y un niño de 17 años probablemente podré conversar más de tú a tú.”</p> <p style="text-align: right;">Juez 1</p>

	<p>“En una ocasión, siempre lo cuento a mis alumnos de pregrado que yo creo que es una experiencia interesante, en una ocasión la corte de Valparaíso saca una causa que había sido apelada, una sentencia, la saca en trámite que básicamente es que antes de relatar se escuche al niño. Dice “mire, para relatar falta esto como diligencia esencial” y que básicamente era escuchar a un niño. Lo curioso, procesalmente hablando, es que era una sentencia dictada por otra colega, por una colega “A” que no estaba en el tribunal, me parece que estaba con feriado legal y llega esto al tribunal y diga “cúmplase con esto y escuche el niño”. Pero había dos posibilidades: la esperamos a ella, que era lo lógico, o la tomaba otro; y la tomé yo. Entonces al final citamos a una audiencia y era una guagüita que habrá tenido 2 años probablemente, todavía lactaba, llega con la mamá en brazos, etc., entonces yo erradamente, ignorantemente en los primeros años ceñí el texto, “voy a escuchar entonces ponga el audio” y la guagua “agu, agu” y eso remitimos a la corte, entonces la corte dijo “bueno, por cumplido el ordenado y resolvió”.</p> <p>Entonces ahí me quedé con la duda sobre que significó en el fondo mi formación en el ámbito específico. La guagua no pudo ser escuchada porque no habló, pero me empecé a preguntar a mí mismo digamos, “pero ¿eso significa entonces que la convención cuando contempla el derecho a ser oído significa que tiene que haber un hablar, un diálogo? ¿qué pasa con los niños que son mudos, no podrían ejercer su derecho? ¿qué pasa con los niños que no hablan por situaciones, por condiciones etarias?” Es decir, la convención no es para las guaguas o con los que hablan otro idioma o una lengua, una etnia.”</p> <p style="text-align: right;">Juez 1</p> <p>“(…) los casos más complejos para los jueces son niños en situación de discapacidad o quienes son muy chiquititos para poder conocer su interés manifiesto.”</p> <p style="text-align: right;">Curadora ad litem 3</p>
<p>Suficiencia de la opinión transmitida por el curador ad litem.</p>	<p>“(…) porque a veces llega el curador y dice: “el niño quiere hablar con el juez”, a pesar de que ya habló con el curador, entonces muchas veces yo le digo que no porque saben que..., está bien, el juez está para escuchar cosas jurídicas que ya se las planteó a su curador y el curador lo planteó al tribunal, yo tampoco puedo escuchar todo lo que el niño me quiera decir porque sí, porque a veces cuentan cualquier cosa, pero a veces ese es el nivel que ellos han llegado, entonces lo tienen sumamente presente.”</p> <p style="text-align: right;">Jueza 2</p>
<p>En casos simples de negligencias o vulneraciones menores no es necesaria la opinión del NNA para resolver, ya que se dicta una medida de protección poco invasiva como la derivación a programas ambulatorios.</p>	<p>“Entonces efectivamente hay casos en que, en realidad, por ejemplo, llega el colegio denunciando que la mamá es media negligente porque los niños no llevan colación, lleva la ropa descocida y uno llega a la audiencia y la mamá dice “sí, es que estoy un poco sobrepasada y necesito apoyo”, es una cosa simple que tú la mandas a un programa de fortalecimiento de habilidades parentales, de apoyo, en realidad no se justifica escuchar al niño, entonces uno ya va teniendo mucho ojo clínico.”</p> <p style="text-align: right;">Jueza 2</p>

<p>La opinión del NNA está manipulada por los adultos y eso no es útil para decisión del caso.</p>	<p>“Entonces, no son muchos los que van espontáneamente a declarar, los que van a los tribunales a declarar son más bien convocados por el juez, por lo tanto, van obligados, entonces no son parte, sino que van porque, en fin, o van llevados por los padres casi en una lógica de testigos, que lo llevan bajo la excusa de que el niño quiere hablar, pero resulta que uno sabe lo que el niño va a decir y por eso “me conviene que usted lo escuche”. Entonces yo siento que son más bien instrumentalizados por todas las partes y eso desincentiva que el juez quiera escuchar al NNA directamente ”.</p> <p style="text-align: right;">Juez 1</p>
<p>Para evitar la revictimización, especialmente si el NNA ya declaró en otra instancia.</p>	<p>“Se tiene mucho temor también al momento de la entrevista, ahora un poco menos. Que el niño va a sufrir, se siente un poco de culpa, “ay, por qué ya está en el tribunal, bueno, ya está aquí, lo voy a entrevista”, entonces es como culposa la entrevista (...)”</p> <p style="text-align: right;">Jueza 3</p> <p>“Pero después tengo, por ejemplo, el caso de un abuso sexual de un tercero donde el niño ya declaró en la fiscalía, que declaró en el hospital que hace la denuncia, tampoco la voy a citar a audiencia porque ya hay una escucha por otra vía, porque también tengo que ser cuidadoso con eso porque, si bien la convención nos obliga a escuchar a los niños, también nos dice que acerquemos a los niños lo menos posible al sistema judicial, entonces yo creo que esto es una cosa que se va a ver a futuro.”</p> <p style="text-align: right;">Jueza 2</p>

Fuente: Elaboración propia

La segunda causa de la baja realización de audiencias reservadas identificada por los entrevistados es la particular vulnerabilidad socioeconómica de las partes que intervienen en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección. Consideran que, debido a esta vulnerabilidad, las partes desconocen el derecho del NNA a ser oído, no lo solicitan o no cuentan con abogado representante que haga valer ese derecho.

“No lo piden mucho en verdad la audiencia reservada. Generalmente la audiencia reservada la piden, por ejemplo..., porque tú comprenderás que en el centro de medidas cautelares la mayoría de las causas que se tramitan son de personas de sectores vulnerables, son personas que tienen situaciones de vulneración social, económica, cultural y en ese sentido no son personas que tengan mayormente recursos como para pensar o entender que el niño tiene derecho a ser oído, y, entonces, en el grueso, en la mayoría de las causas no se solicita, ni siquiera por parte de estos curadores que te comento yo que son designados (...)”

Consejera técnica 1

La tercera razón asociada a la baja realización de audiencias reservadas es el sistema de radicación de jueces que opera en los Tribunales de Familia

El sistema de radicación de las causas judiciales de familia nace de la necesidad de definir al juez encargado de redactar la sentencia final, ya que, tanto en el procedimiento especial de aplicación de medidas de protección como en la mayoría

de los procesos judiciales de familia, intervienen, por lo menos, dos jueces: uno que dirige la audiencia preparatoria y otro la audiencia de juicio –donde se rinde la prueba y se llevan a cabo la mayoría de las diligencias relevantes para tomar la decisión del juicio–.

Para garantizar que el juez que tome la decisión y redacte la sentencia sea aquel que recepcionó la prueba personalmente o dirigió las diligencias relevantes para la resolución adecuada del caso, el sistema de radicación establece que el juez que dirigió la audiencia de juicio es el encargado de decidir y redactar la sentencia final, radicándose en él la causa en este sentido.

Debido a este sistema los jueces evitan citar o tomar audiencias reservadas cuando el proceso se encuentra en fase preparatoria, ya que, pretenden que el juez que presencie la audiencia reservada con el NNA sea el que dicte sentencia.

Esta práctica, aunque bien intencionada, provoca que las audiencias reservadas sean aplazadas o evitadas durante los procesos judiciales, que, por lo demás, en la mayoría de los casos, no terminan con audiencia de juicio, sino que se resuelven previamente mediante acuerdos o en audiencia preparatoria.

Por lo señalado, los entrevistados advierten que el sistema de radicación de causas impacta directamente en las audiencias reservadas, disminuyendo su realización.

“En fase de audiencia preparatoria los jueces le hacen el quite *heavy* a las audiencias reservadas porque si tienen una audiencia reservada se radica en ellos, entonces evitan que las causas se radiquen, y muchas veces las familias llegan con los niños al Tribunal y se niegan los jueces a realizar la audiencia reservada. Y suspende, suspenden, suspenden.”

Curadora ad litem 3

“A veces los jueces también son *vivos* y me dicen: ‘pero si yo lo escucho hoy día capaz que yo no esté o esté de vacaciones para la audiencia de juicio’, ‘No se preocupe, yo hablo con el jefe de unidad para que vea su agenda y le agende un día que esté’, y así se aseguran que vaya a tener también su fecha para ponderar la prueba y hacer el fallo en ese día. La radicación juega un papel importante en la cantidad de audiencias reservadas que finalmente deciden hacer los jueces”

Consejero técnico 2

La cuarta razón señalada que explicaría la baja realización de audiencias es la falta de tiempo en los tribunales por sobrecarga laboral. Jueces y consejeros técnicos concuerdan en que no les es posible decretar la cantidad de audiencias reservadas que desean para escuchar a los NNA debido a la cantidad de procesos judiciales existentes.

“Yo creo que en las cosas más fáciles no escuchamos tanto a los niños porque por un tema que tenemos que priorizar, porque todos en el fondo trabajamos con recursos escasos, entonces no hay que olvidar que escuchar a un niño implica darle tiempo para escucharlo, entonces nosotros tenemos un volumen tan alto,

que en el fondo yo tengo que tener tanta cantidad de audiencias agendadas por día y si yo escuchara a los niños en todas las audiencias, las audiencias terminarían con suerte a las 8 de la noche , o sea ya me extendería del lugar de trabajo y tendría miles de licencias médicas.”

Jueza 2

“Yo trabajé en el tercero y en el primero de familia de Santiago y allá es una máquina de carne molida, tú no tienes tiempo ni para comer, para nada. Por eso me fui de allá también, me fui arrancando un poco. Después estuve en Litueche, que era como un pueblo muerto casi. Y ahora llegué a San Fernando que considero que es como más equilibrado, es como el punto medio de poder sacar el trabajo bien al día, de enterarse de qué está haciendo el otro, de enterarte que tienes familia, que ahora con el teletrabajo ha sido más complicado.”

Consejero técnico 2

“**Entrevistadora:** Y me comentabas que respecto de algunos curadores que, si bien, la mayoría no tenía una entrevista directa, algunos sí, ¿por qué se diferencia eso crees tú?

Consejera técnica: Yo creo que tiene que ver con capacidad de atender volumen de caso, tiene que ver con eso porque las curadurías hoy en día las está asumiendo en su mayoría, en las causas que no son de niños internados, la corporación de asistencia judicial, y esto ha ido en aumento. Ponte tú, el año cuando yo llegué, el 2010, no existía esto, no se daba, yo te diría que más o menos desde el 2015 en adelante que empezamos a ver ya una mayor cantidad de curadores (...).

Y la otra institución que toma muchas curadurías es una fundación que, originalmente era la Fundación de Asistencia Legal de la Familia y que, posterior a ellos, esa instancia se terminó, pasó a ser la Fundación Integral de la Familia (la FIDEF). Esa institución son muy pocos abogados, sus formas de financiarse un misterio, no tenemos claridad quién lo financia, pero claramente que ellos son muy poco y no dan abasto y el tribunal los designa muy masivamente, entonces tienen un tremendo volumen de causas, lo que hace imposible, o sea en la práctica sería imposible que ellos tengan espacio para entrevistar a todos los niños a los que se les designa como curadores, y por otra parte además el tribunal también los está designando como cuidadores de adultos mayores últimamente, entonces es demasiado volumen y son estos pocos abogados y no dan abasto, esa es mi impresión.”

Consejera técnica 1

d. Desregulación y disparidad en los estándares de representación judicial del curador ad litem

Previo a describir este problema, para comprender su impacto, es crucial tener presente que el rol del curador ad litem, como intermediador de la participación del NNA en el proceso judicial y vehículo de la opinión del NNA para su conocimiento por parte del tribunal, es esencial para el ejercicio del derecho a la participación en todo proceso judicial. El siguiente relato revela el papel crucial del curador ad litem para concretar el derecho del NNA a ser oído, y, por tanto, para que su opinión sobre las eventuales decisiones sea conocida por el tribunal:

“**Curador ad litem:** Una colega mía le tocó una experiencia súper buena porque tres hermanos, unos mayores que otros, que lo estaban pasando mal en residencia pese a que la residencia es una buena residencia, pero hay mucha agresión entre pares y la residencia está consciente, no habían levantado el tema y el mayor de ellos, que tiene como 12 años, había entendido nuestro rol y le dijo a mi colega “yo quiero que me escuche, quiero contarle que aquí me están pegando, le pegan a mis hermanos”.

(...)

Entonces cuando llegamos nosotros y le pedimos eso, el juez aceptó la audiencia de revisión, no tuvo problema, pero a la audiencia del niño no le veía utilidad, dijo “para qué”, la trató de sacar todo el rato y cerró la audiencia.

Entrevistadora: ¿Sin haber escuchado al niño?

Curador ad litem: Sin haber escuchado al niño. Salimos con él de la audiencia, le fue a contar al chico y el chico se puso a llorar. Entonces mi colega volvió, tocó la puerta, la comisaría había cerrado, tocó la puerta y entró a la sala del tribunal -pero eso otros colegas no lo hacen, no se atreven a hacer esta cuestión-. Abrió, el juez, con los ojos abiertos, avanzó al estrado y le dijo “magistrado, yo no me voy a ir de aquí hasta que escuche al niño y le empezó a explicar: el chico lo que le iba a contar es que le están pegando, es importante que usted escuche, no le va a pedir nada más, el hogar sabe también esta cuestión, pero quiere decírselo a usted”, y el juez “ah, ya”. El chico entró, le contó. Eso nunca hubiera pasado si no lo hace mi colega, es decir, alguien que tiene seniority y que además es abogada pituca por decirlo también. Eso quiero decir que en muchos casos que el juez escucha al niño, exige de parte del curador enfrentar al juez (...)hay veces que hay que forzar a los jueces, hay que ser nuevamente muy agresivos así como con el otro, “magistrado, usted tiene que escuchar al niño, usted no tiene facultades legales...”, nosotros tenemos un mono armado en el modelo escrito, entonces tenemos que hacerlo, porque es su facultad, “este es un derecho del niño, usted tiene que hacerlo, si usted no lo escucha nos vamos a la corte”. Y el argumento es ese completo o a veces tenemos 1, 2, 3, pero ese es nuestro argumento y siempre lo conseguimos, que el juez escuche al niño, no hemos tenido ningún otro caso que un juez nos manda para la casa y el chico se va sin ser escuchado.”

Curador ad litem 1

Ahora bien, los profesionales entrevistados constatan que la diversidad de estándares de representación judicial de las instituciones de curadores ad litem obstaculizan el conocimiento de la opinión del NNA por parte del tribunal, ya que, algunos de ellos, son excesivamente bajos.

Advierten que la regulación actual sobre el ejercicio de la curaduría ad litem es exigua y deficiente, ya que no determina el tipo de representación judicial adecuado para NNA ni cumple los estándares de defensa que impone el debido proceso.

“(...) lo que pasa es que el Artículo 19 es un artículo vacío digamos, no genera estándares de defensa, entonces se aprovechan de eso.”

Jueza 3

Indican que la escasa regulación genera una diversidad de estándares de la forma en que se debe ejercer la representación judicial por los curadores ad litem, muchos de los cuales impactan negativamente en el recogimiento de la opinión del NNA y su transmisión al tribunal para que tome conocimiento de aquella.

“Y desde la docencia, cuando yo hago capacitaciones o cursos en la Academia Judicial, dado que la oferta de curadores ad litem es súper disímil y no hay criterios, no hay protocolos de acción, no hay un estándar para la actuación del curador, por lo tanto, yo sé que muchos curadores jamás escuchan al niño, nunca se entrevistan, nada. En las capacitaciones a la Academia Judicial siempre les digo a los jueces que hasta que

no tengamos un cierto estándar de comportamiento y actuar de los curadores, ellos debieran siempre realizar audiencias reservadas con los niños para conocer su interés manifiesto directamente.”

Curadora ad litem 3

La inexistencia de estándar mínimo deja un espacio abierto para que cada institución de curaduría ad litem diseñe su propio protocolo de ejercicio de representación judicial. Algunos de estos protocolos no consideran esencial que el curador ad litem se entreviste o conozca personalmente al NNA, y menos aún que deba conocer la opinión del NNA sobre las eventuales decisiones que podrían adoptarse en el juicio.

Esta anómala situación de representación judicial implica que, muchas veces, lo que llega a conocer el tribunal es la opinión del curador ad litem respecto de los antecedentes de la causa y no la opinión del NNA.

“Hay como grupos de curadoría que están determinados por instituciones de las que preceden y en una gran parte, una parte bastante significativa de las causas, la curadoría la toma una institución que no desarrolla como parte de un protocolo o como algo habitual las entrevistas con los niños, salvo en situaciones muy puntuales, en cambio otra institución sí desarrolla y tiene como práctica la entrevista con el niño, entonces en ese caso yo me puedo enterar de manera más directa a través de su curador de lo que el niño opina.”

“En la práctica yo diría que en la mayor parte de los casos el curador no toma contacto directo con el niño, por lo tanto, el curador más bien emite una opinión en base a los antecedentes que hay en la causa o también a través de entrevistas que realiza con los adultos, pero en el mismo contexto de la audiencia.”

Consejera técnica 1

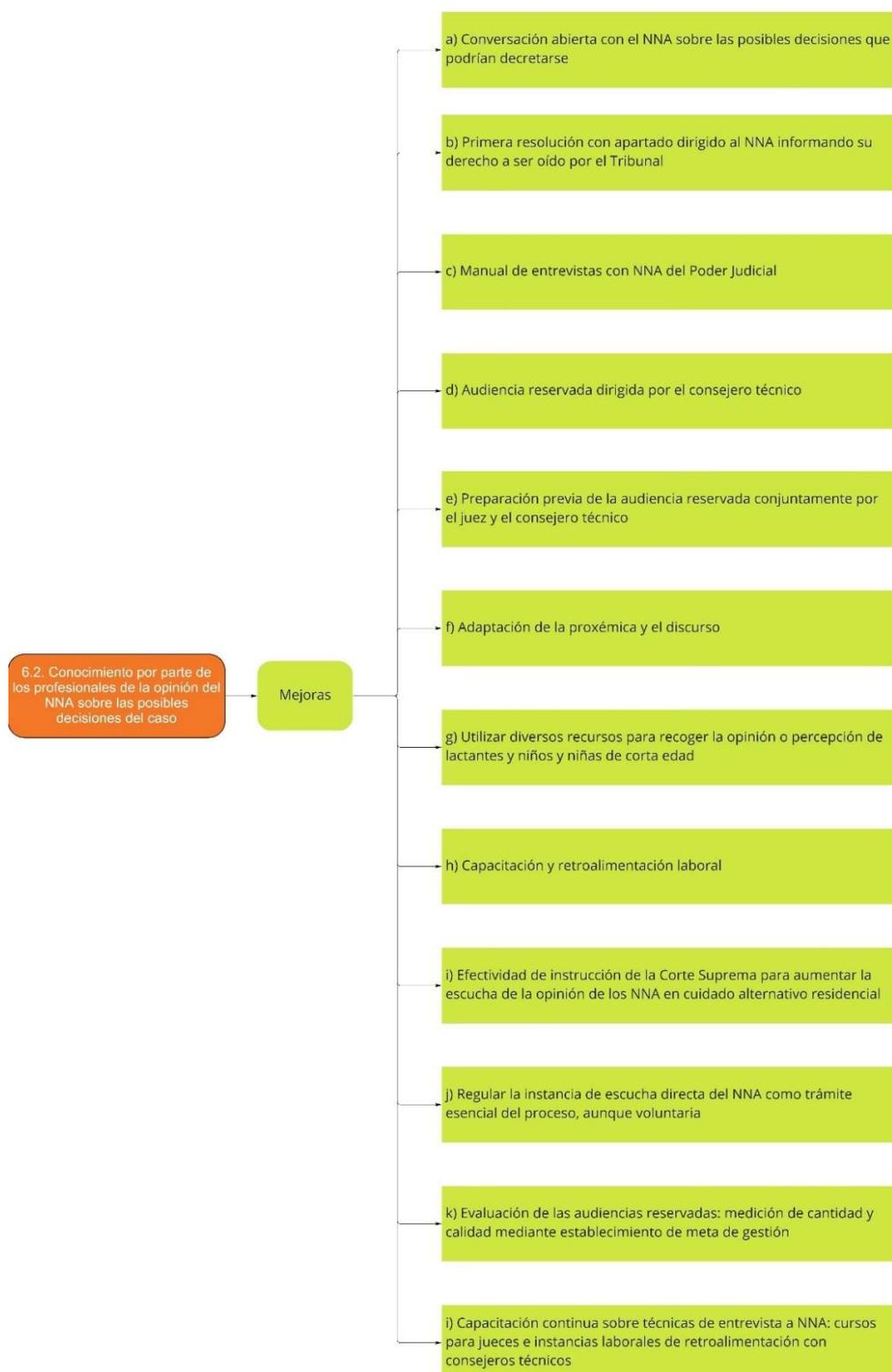
6.2.3. Mejoras para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre las posibles decisiones del caso

En esta sección se detalla el conjunto de propuestas realizadas por los entrevistados para promover y mejorar el conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso.

Se observa que los consejeros técnicos fueron los profesionales que identificaron la mayor cantidad de mejoras que repercuten en un aumento de la escucha y el conocimiento de las opiniones de los NNA en los procesos judiciales.

En la siguiente página se expone el diagrama que sintetiza las mejoras identificadas por los entrevistados para que los profesionales que intervienen en el proceso judicial proteccional efectivamente tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre las posibles decisiones del caso:

Resultado 6: Mejoras para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre las posibles decisiones del caso



a. Conversación abierta con el NNA sobre las posibles decisiones que podrían decretarse

Algunos jueces y consejeros técnicos, dependiendo la apertura y fluidez comunicacional que logren con los NNA, conversan directamente con ellos sobre su opinión y deseos respecto a las posibles decisiones que podrían decretarse, explicando que su opinión no necesariamente será la decisión que adoptará el tribunal, pero que se tendrá en cuenta. En este sentido, consideran que la transparencia sobre las posibles decisiones, con los resguardos necesarios, es esencial para un involucramiento del NNA en la resolución de su propia situación.

“Entonces, lo que hago yo es efectivamente cuando vamos cerrando la entrevista, yo le hago presente al niño, niña, adolescente las posibles decisiones que yo voy a adoptar, si no voy a adoptar una decisión ahí y es una medida cautelar, también se lo digo, si va a haber una segunda audiencia de juicio, se lo digo “mira, esto no va a terminar hoy día, esto tiene otra audiencia que puede ser en unos meses más y ahí voy a tomar la decisión o si decido terminar ahí le digo “mira, lo más probable es que yo hoy día cuando vuelva a la audiencia con tu papá y tu mamá, yo trate de que ellos acuerden que tú permanezcas como estas”, siempre le digo “voy a intentarlo, para mí lo más importante es que tú te vayas con tu padre, voy a tratar de decidir de esa forma, pero puede que alguno no esté de acuerdo”, siempre se le conversa, no le digo “mira, ¿sabes por qué? porque ni siquiera yo sé el resultado de la audiencia “, pero yo sé más o menos cuántas alternativas hay: suspender la audiencia, llamarlos a conciliación, derivarlos a un programa y se le dice “yo lo voy a proponer incorporarlos a todos a tal programa, ¿qué te parece a ti que yo pudiera proponer o decidir eso?” y les pido también la opinión respecto de lo que yo puedo decidir “sí, yo estoy de acuerdo porque lo necesita” “yo también quisiera tener un espacio con terapeuta, psicólogo”, yo por lo menos lo hago en el cierre, en la etapa de cierre, para que no se vayan con la sensación de que “gracias, de pasaste” “¿y ahora qué? ¿me van a volver a citar? y les digo: “la idea es que te estamos grabando para no volver a citarte, entonces más adelante si un juez quiere escuchar, va a escuchar tu grabación y no tienes que venir 2, 3, 4 veces”. Entonces por lo menos yo le explico todo y dicen “ah ya, lo más probable es que no me vuelvan a citar, lo más probable es que hoy día esto se termine” o que viene una segunda audiencia que es un juicio porque se necesita hacerle una evaluación y “lo más probable es que te pida una evaluación a ti, a tu familia y vamos a hacer una segunda audiencia, pero ahí no vas a tener que venir”, se le explica la audiencia en el cierre, pero no te sabría decir si todos los jueces lo hacen porque lo hago yo, no el consejero, es algo que el consejero me da la pelota, siempre como saben que yo cierro, que me gusta cerrar, ellos cierran, el consejero cierra, pero me da la palabra para hacer un segundo cierre que es lo que viene ahora y porque yo soy la que voy a adoptar la decisión, no el consejero, entonces yo trato de ser así.”

Jueza 3

“De repente hay niños que te plantean como su opinión así como claramente, así como “yo quiero que pase esto”, sin tú preguntárselo te dicen, “yo quiero que pase esto, esto”, entonces ahí también le explicamos que el juez va a escuchar, que va a tomar en cuenta su opinión, pero que no necesariamente va a hacer lo que él quiere, como tratando de explicar.”

Consejera técnica 3

En esta misma línea, una de las consejeras técnicas expresa la importancia de preguntar directamente al NNA, al final de la audiencia reservada, si desea comunicar u opinar algo más que considere importante y que el Tribunal debería

conocer. De total forma, otorga un espacio autónomo de opinión al NNA, libre de toda interferencia que podría producir una pregunta dirigida por un tercero.

“También yo siempre termino preguntando, pero que esa es otra pregunta que se me ocurrió a mí y que en algún minuto lo chequee también con algún profesor como para ver bien: “¿hay algo más que yo no te haya preguntado y que tú creas importante que yo sepa?” que venga de él no más, porque de repente tu preguntas por la mamá, por el papá, como que ya tu más o menos tienes, pero de repente hay cosas que uno se le va no más, insisto, como que igual tienes visión de túnel, entonces como que yo siento que de repente muchas veces buscamos una respuesta y cuando la encontramos terminamos ahí la entrevista y decimos “esto es, listo” y cuando les digo “¿hay algo más que tú creas que así como que me quieras contar que tú creas que sea importante?” y ahí de repente te cuentan cosas que aparecen que no había contado, que nadie te dijo y ahí tú como que agarras.”

Consejera técnica 3

b. Primera resolución con apartado dirigido al NNA informando su derecho a ser oído por el Tribunal

Uno de los jueces agregó en la primera resolución, que provee el requerimiento o la denuncia, un apartado especial dirigido a NNA mediante el cual se informa a aquellos sobre derecho a ser oídos por el tribunal en cualquier momento que lo requieran. Previene que, para su efectividad, es importante ordenar a los intervinientes que se relacionan con el NNA que le lean directamente dicho apartado y le consulten si desea ejercer su derecho. En su opinión, la medida adoptada aumentó las solicitudes de NNA para ser oídos.

“(…) Llegamos a la buena práctica para mi gusto de las causas proteccionales, incorporar en la resolución que provee la demanda o el requerimiento: un párrafo que les informa a los niños la posibilidad de concurrir al tribunal tantas veces como en los momentos que él estime etc., para poder aportar lo que sea y obligando por supuesto a los adultos que viven con él o ella a comunicarle este derecho y fijate que el tránsito de los niños en los tribunales empezó a aumentar. Yo te diría que fue considerada una buena práctica, los curadores iban ya con conocimiento y resultó, (…)”

Juez 1

c. Manual de entrevistas con NNA del Poder Judicial

Se mencionó la existencia de un Manual de Entrevista con NNA elaborado por el Poder Judicial, que detalla los principios y los pasos que debería tener toda audiencia reservada, entregando guías y recomendaciones. Sin embargo, esta mejora solo fue mencionada por una de las profesionales entrevistadas, no siendo posible verificar si el resto de los profesionales conoce este material.

“(…) nosotros hicimos un manual, no sé si tú lo tienes, pero un manual de entrevista del poder judicial y en ese manual de entrevista había etapas en la entrevista que era el encuadre, el desarrollo, el cierre y dentro del cierre nosotros proponíamos que se felicitará, se agradecerá y el juez también señalar al niño las posibles decisiones que se van a adoptar, cuáles son los posibles escenarios, si va a haber otra audiencia,

si la audiencia va a terminar ahí, cuáles son las posibles decisiones dentro del cierre de la entrevista, no esperar después, eso es lo que a los jueces se les propone en el manual.”

Jueza 3

d. Audiencia reservada dirigida por el consejero técnico

Es posible constatar que en algunos tribunales de familia las audiencias reservadas son dirigidas por los consejeros técnicos, dada su expertiz psicosocial. Esta forma de proceder es calificada por algunos profesionales como positiva, ya que aseguraría que la escucha y de la opinión del NNA se realice de manera adecuada y óptima mediante una preparación previa de la audiencia en conjunto con el juez.

“Sí, acá siempre ha sido así. De hecho, en algún momento se conversó en una reunión con el comité de jueces y nosotros, en el fondo, como que nos hicimos “los locos” y dijimos “bueno, esto, la sugerencia es que lo haga el consejo técnico”, y la idea es que preparamos antes cómo íbamos a incorporar también lo que ellos querían sacar de la entrevista, porque, en definitiva, ellos son los que resuelven. Entonces armamos algo para que toda la gente se sintiera tranquila, representada, pero la finalidad primera era el niño y al niño no lo puede entrevistar un abogado.”

Consejero técnico 2

En el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, en un principio, tras la dictación de la LTF, se intentó implementar que los consejeros técnicos dirigieran las audiencias reservadas y que los jueces observaran desde el espejo y se comunicaran por sonopronter, sin embargo, no fue posible implementar esta modalidad en todos los tribunales.

“Hay otros jueces que son osados e inclusive en el centro de medidas cautelares en un tiempo se intentó, y yo entiendo que también ahí hubo como siete instrucciones desde la jerarquía superior del poder judicial de instalar el uso de la sala Gesell para efectos de la realización de la audiencia reservada y el instructivo o la forma en que la corte tiró líneas de cómo tenía que hacerse esto: era que entraba a la sala Gesell el consejero con el niño y el juez usaba el sonopronter, entonces le daba instrucciones al consejero de si quería preguntar algo en particular.”

Consejera técnica 1

e. Preparación previa de la audiencia reservada conjuntamente por el juez y el consejero técnico

Las experiencias de audiencias reservadas con mejores resultados comparten la característica de haber sido preparadas con antelación por el juez y el consejero técnico, determinando las particularidades del NNA, delimitando los objetivos de la escucha y acordando la dinámica y pasos de la audiencia.

“Cuando hay la posibilidad de escuchar a un niño, siempre me detengo en poder preparar la entrevista de manera previa, es decir, saber quién es, cómo se llama, qué edad tiene, qué problema tiene, dónde no metemos, yo te hablaba del abuso sexual, aquí no preguntamos, organizarnos dentro de esta preparación

de la información prepararme con él o la consejera para saber quién va a hacer las preguntas para que sea solo 1 interlocutor, porque tener dos viejos frente a un cabro es fome, entonces es mejor 1, cómo nos vamos a organizar físicamente, etc.”

Juez 1

“Hemos establecido criterios, por ejemplo, yo ahora le digo a todos los consejeros cuando tenemos entrevista vamos antes a hablar con el juez: “magistrado, tenemos toda la entrevista del niño en tal causa, tal situación de vulneración, fue citado..., ¿qué es lo que usted, desde el punto jurídico, necesita que yo profundice en la entrevista?”, y ahí te dicen “necesito esto, necesito que profundice porque acuérdesse que dijeron tal cosa de ese tío, yo no sé si ese tío forma parte de la red de la familia...”, lo anotas, yo lo memorizo y me voy. Muchos ya casi no preguntan, entonces, ahora, en el fondo, ahí nos vamos coordinando de a poco, porque la idea es que la entrevista sea lo más limpia posible y que uno pueda sacar información que sea muy provechosa, porque, en definitivamente, de eso muchas veces va a depender, junto con la otra prueba, qué es lo que se va a resolver.”

Consejero técnico 2

La preparación previa de las audiencias les permite diseñar la modalidad y dinámica de la escucha ajustada a cada NNA, especialmente necesaria cuando se debe interactuar con NNA con particularidades de comportamiento u otra circunstancia.

“(...) preparar mejor la entrevista, el tener un objetivo claro y estamos hablar de preparar 5-10 minutos antes, es cosa de que tú hables con la consejera y el curador y decir “mira, vamos a ir por este lado, queremos saber cómo está con la abuela” y que no sea una entrevista sorpresiva, en que digan “¿qué le preguntamos?” o que digan “el niño tenía problemas de lenguaje y nadie supo que tenía problemas de lenguaje y está sentado ahí en la entrevista, ¿cómo lo entrevisto? si no puede hablar”; cuestiones como mínimas de preparación de entrevistas que hoy día no se hace y el consejero técnico no realiza una pauta donde diga “este niño tiene 8 años, está en tercero básico, por lo tanto, la entrevista debiese tener estos 3 factores, tiene Asperger o tiene déficit atencional”, entonces puedes preparar mejor la entrevista porque podemos citar mucho, pero los vas a conocer cuando te digan “magistrado, está lista la sala Gesell, tiene que ir a sentarse” y era como “no, déjame presentarme también, déjame que nos veamos la cara, cuántos años tiene, si sonrío, si quiere, si no quiere”, entonces creo que en la preparación estamos bien al debe y nos pasa eso “ay, son 5 hermanos, en realidad tengo tiempo para entrevistar a 1 no más” y es como, “no, si la causa es por 5 hermanos, deberías haber preparado, haber sabido, preparado los tiempos, agenda una audiencia más larga entonces”, pero no que sea una sorpresa para todos. O sea, imagínate un niño de 10 años le toca una entrevista en un tribunal, lleno de adultos, horrible, y que el juez como que no sepa nada, no sepa cómo se llama, eso es una falta de respeto. Entonces creo que la calidad de la entrevista la superamos porque está el consejero, (...)”

Jueza 3

“(...) recuerdo años atrás una causa que tuvimos con una jueza en mi tribunal, que era una causa de un niño con un trastorno del desarrollo que en ese caso parecía tender a un autismo y los padres estaban muy confrontados en términos de qué era lo mejor para el niño en cuanto a las formas de crianza, entonces tenía una madre que tendía a ser mucho más rígida, más estructurada en cuanto a la internaciones médicas, y un padre que tendía a ser más permisivo y también como más involucrar al niño en otro tipo de actividades más relacionadas con la naturaleza, etc. Entonces ellos disputaban el cuidado personal y el tribunal consideró que era necesario tomar el parecer del niño, escuchar su opinión, independiente de que ese niño tenía este trastorno del desarrollo, por lo tanto, la comunicación de él no iba a ser como la de cualquier otro niño e independiente de que la disputa de los padres estaba dada y era súper complejo. Entonces nosotros con la juez nos preguntábamos ¿de qué manera podemos generar las condiciones para que este niño pueda ejercer su derecho a ser oído de tal manera que esté libre de algún tipo de presiones o de estímulo externo y también que nosotros tengamos las competencias para poder hacer efectivo su

derecho? Y tomamos la decisión y fuimos a la casa a ver al niño con su madre y ahí estuvimos y lo entrevistamos y vimos sus cosas y él nos mostró y compartimos con él y vimos su desempeño en ese contexto, y luego hicimos lo mismo, pero con el padre, en el contexto del padre y finalmente fuimos también al colegio porque el colegio era otro espacio relevante para él.”

Consejera técnica 1

En la preparación de la audiencia reservada, los consejeros técnicos destacan la importancia de prevenir a los jueces de las particularidades de la audiencia, de tal forma que la comunicación con el NNA y el recogimiento de su opinión fluya de la manera más óptima posible.

“Yo he hecho poquitas entrevistas reservadas a niños pequeños, pero las veces en que ha tenido que hacerse yo le digo “magistrado, hagámoslo” y como que lo asumen, yo les explico eso sí, “va a ser una entrevista lenta, hay que tomarnos más tiempo, probablemente usted me va a ver hacer cosas que en general yo no hago en la sala de audiencias, como tirarme al suelo o pintar”, de repente no te dicen nada los niños finalmente.”

Consejera técnica 3

f. Adaptación de la proxémica y el discurso

Una de las consejeras técnicas explica que en las audiencias reservadas genera una relación proxémica horizontal con los NNA, poniéndose a la altura de ellos y expresando movimientos lentos y amables. A su vez, cambia el lenguaje culto formal, normalmente utilizado en las audiencias judiciales, a un discurso coloquial y cercano que otorga confianza y calma al NNA.

“Si hay un niño pequeño yo bajo, eso como algo que tengo como súper incorporado digamos desde mi formación anterior, entonces había un juez que me decía “¿por qué usted hace eso?” porque “necesito mirarlo a los ojos” le decía.”

El lenguaje que yo ocupo también es un lenguaje como mucho más cercano, entonces ocupo el “cachai” con los adolescentes, es decir, sin tratar de parecer lola, porque también es una “lata” eso de que una vieja trate como aparecer lola. O de repente hay cosas que me dicen y yo no entiendo, entonces yo le digo “sabes que no entiendo, estoy muy vieja para eso, ¿me puedes explicar?””

Consejera técnica 3

Adicionalmente, al final de la audiencia reservada, la consejera técnica consulta al NNA su sentir y expresa frases de humor que denoten que la experiencia no fue tan estresante como se esperaba, con lo cual logra distender la situación.

“(…) yo les pregunto al final, ¿cómo te vas? ¿cómo te sentiste? ¿no fue tan terrible? le digo yo, “no” me dicen ellos, “no fue tan terrible”, “no éramos tan pesados como pensaste”. Yo como que uso hartito el humor con ellos, como que siento que sirve hartito eso como para distender un poco la cosa, que nos riamos.

Entonces como que yo siempre como técnica ocupo mucho eso, entonces como que les tiro una “talla”, como que rompo eso y el juez se ríe y ellos se ríen y entonces ya no es una cosa formal.”

Consejera técnica 3

g. Utilizar diversos recursos para recoger la opinión o percepción de lactantes y niños y niñas de corta edad

Los profesionales entrevistados dieron a conocer las distintas metodologías que han implementado para la escucha y conocimiento de la opinión de niños y niñas lactantes y de corta edad que no se comunican verbalmente de forma inteligible y manifiesta.

Los profesionales indican que, tratándose de lactante y niños y niñas de corta edad, la percepción de sus opiniones y deseos pueden observarse en distintas instancias del proceso judicial, tanto en los momentos previos a la audiencia reservada, durante y después de aquella. Exponen que, en estos casos, lo relevante es poner atención a las relaciones vinculares y las interacciones que sostienen los NNA con los cuidadores que los llevan a la audiencia reservada o a otra instancia procesal, como también las condiciones físicas en que se encuentra el NNA. La información obtenida mediante esta observación es de gran utilidad para el razonamiento posterior que deberá hacer el juez.

“(…) los niños bebés, los infantes de 1 a 3 años, uno más bien observa el contexto en el que el niño se desarrolla, quién lo cobija, quién atiende sus necesidades, un poco mirando con temas de apego.”

Juez 1

“Yo salgo siempre a buscar a los niños, porque me interesa ver, o sea, al ver esa interacción me da como muchos elementos muchas veces, entonces soy yo la que salgo, por eso digo es el modo [nombre de la ciudad donde se encuentra el Tribunal], no sé cómo lo hacen en otro tribunal, pero el modo [nombre de la ciudad donde se encuentra el Tribunal] es que yo salgo a buscar, no va el acta a buscar, salgo yo a buscarlo, entonces ahí yo veo cómo está el niño, dónde está sentado, con quién está sentado, si está sentado con la mamá, si está sentado con el papá, si están todos juntos, porque de repente puede ser que estén todos juntos, me presento brevemente en una sala de espera que está llena de gente, entonces también como que uno dice “soy la psicóloga, voy a conversar con el niño, mira soy tanto, ¿cómo te llamas?””

Consejera técnica 3

“Antes de que empiece la audiencia reservada también hago la introductoria con él, no salgo yo y digo “Juanito Pérez pase a la audiencia”, yo antes de eso, antes de que empiece la audiencia, salgo y pregunto dónde está el niño y la curadora me dice “acá estoy con el niño”, la curadora es súper *clever*. Siempre está con la curadora o con el curador y le digo “hola, soy el consejero técnico del tribunal, tú sabes que hoy día te invitamos al tribunal porque queríamos conocerte, ¿sabes tú a qué vienes?”. A veces saben y a veces no saben; cuando no saben les explico a qué y cuando saben les digo “yo voy a hacer la entrevista, voy a estar adentro contigo, vamos a conversar en un espacio relajado, privado, así que te voy a llamar en unos 10 minutos, van a pasar los adultos y después vamos a entrar en una sala Gesell que esta acá”. Cuando salgo a llamar le digo igual que tengo el sonopronter, entramos, le muestro la sala, le digo que hay gente detrás del espejo, que está el juez, en qué consiste la audiencia, los tiempos, le digo cuándo terminé”

también la audiencia reservada y que él va a salir a esperar y que el juez a va resolver y yo le voy a contar lo que resolvió después.”

Consejero técnico 2

“(…) cuando son muy chiquititos, estamos hablando de lactantes o de menores de dos años, en general ahí está presente el padre o madre o custodio, y lo que hacemos es observar la dinámica que se da con el niño chico, para que cuando nosotros hagamos la defensa especializada de representación de ese niño o niña tratemos de alguna manera de construir, de conocer o de identificar más bien el interés manifiesto de ese niño o niña.”

Curadora ad litem 3

Cuando se trata de niños y niñas de corta y mediana edad, los profesionales resaltan la conveniencia de utilizar juegos o actividades lúdicas mediante las cuales ellos puedan expresar sus sensaciones, opiniones y deseos.

“Yo diría que después hay un gran grupo que uno se desarrolla a través de la dinámica de los juegos, no sé si viste la película intensamente de la adolescente que tiene 5 emociones, tengo esos monitos que en algún viaje compré y me ha servido un montón porque después de historias, lo que sea, los niños empiezan a contar quién es el enojón en su casa o quién es el temeroso, entonces sirve mucho para que ellos puedan soltarse y, sobre todo, te dan mucha información.”

Juez 1

“Por ejemplo, para los niños pequeños tenemos una caja de juguetes en el tribunal que hemos armado con los juguetes de nuestros niños, los funcionarios han ido llevando y tenemos como una caja más que nada como para entretener a los niños mientras los papás están en audiencia, no es una caja de juguetes como que le pueda servir a uno como psicóloga para jugar con los niños, pero tenemos muñecas, tenemos algunas cosas, entonces como de ahí tú como que te agarras, juegas con ellos, o sea necesariamente esa entrevista tiene que ser con juegos, no puedes hacer una entrevista pensando que el niño se va a sentar y se va a quedar quieto porque tú le preguntas y como que “sí, no”, se baja, entonces como que yo juego hartito con los micrófonos.”

Consejera técnica 3

“Yo te diría que de 3 o 4 años para adelante lo que hacemos es entrevistarlos y tratar de conocer su interés manifiesto a través de esta pauta de entrevista, en base a juegos, a dibujos, tratamos de hacer unas 2 o 3 entrevistas previo a la audiencia, cosa de conocer en ese momento de todo el expediente, más haber interactuado y conocido el interés manifiesto de este niño o niña respecto del cual se nos asignó la curaduría ad litem.”

Curadora ad litem 3

Algunos profesionales relataron que la implementación de vías directas de comunicación entre ellos y los NNA generó que estos expresaran más espontáneamente sus opiniones, contribuyendo a la construcción de una relación de confianza y a un mayor conocimiento de sus opiniones, dentro de las cuales se encuentran las que poseen sobre las eventuales decisiones que podrían decretarse. Algunos ejemplos de medios de comunicación implementados por ciertos tribunales

de familia y curadores ad litem son las cartas, los correos electrónicos y las redes sociales.

“Con otros me sirven las cartas y ellos mandan cartas y yo las recibo, etc.

Juez 1

“Sí, esto tiene que ver también como con formación de entender cómo funcionan los niños a ciertas etapas de la vida. A veces los niños, incluso a veces uno tiende a eso o se dificulta la posibilidad de verbalizar sentimientos, cuando a veces no los tenemos todavía muy elaborados, no sé si te ha pasado, pero a veces uno tiene una relación, “te patean o pateas”, etc. y uno como que pone por escrito algo que no se atreve a decir en vivo y en directo, o cuando uno tiene una duda “postulo o no postulo a este cargo, ¿qué hago?, ya, hagamos el ejercicio de una línea vertical y pongamos lo positivo y lo negativo que tendría”. En fin, son ejercicios que tienden a significar lo que uno no es capaz de poner en palabras, lo puede poner en papel y además los niños hoy día nacen con un computador, con una *tablet* o con algo, yo tuve que aprender. Después hubo una generación probablemente como la tuya que lo tenía, hoy día los niños a los 3 años ya manejan un celular mejor que uno. Entonces yo dije “bueno, a veces los niños podrían perfectamente remitir cartas y uno poder mantener una comunicación con ellos”. Entonces, me ha pasado en algunos casos en los cuales yo les he dado mi correo electrónico para que ellos puedan mandar información, yo mandarle, etc. e incluso a veces lo hacen a través de cartas a la antigua y fíjate que es maravilloso, perfecto, y es una manera a mi gusto también de comunicarse, de mantenerse atento, porque los niños a veces tú en ese pequeño tiempo de entrevista, tú puedes generar una vinculación y el niño puede ver en ti que tú eres la persona que lo va a proteger, entonces uno tiene que responder a eso creo yo para estar disponible y esta me parece que es una forma que me ha funcionado en algunos casos súper bien.”

Juez 1

“Curiosamente en general con los dos chicos que son los más antiguos del 2018 y que se iban mucho manteníamos, mantenemos relación incluso cuando hacen abandono, vía whatsApp, facebook, messenger, ellos se comunican con nosotros, una comunicación yo digo siempre como los adolescentes, “estoy bien”, no es que sea que me cuenten mucho más, pero “aquí estoy ahogado, me enfermé, voy a volver, pero primero quiero tal cosa o estoy en la casa de tal persona”, a veces me dicen “no me pregunte dónde estoy porque no le voy a contar”, pero por lo menos es interesante. Incluso, si no están bien, a mí me parece que lo que hemos aprendido es que ese mecanismo de comunicación juega como un mecanismo de resguardo, o sea, si ese chico o esa chica estuvieran muy mal nos dirían “sabe que no tengo dónde dormir”, que nos manden esos mensajes en general nos ha servido para tranquilizarlo y, además, en los dos casos que decía siempre sabíamos dónde más o menos estaban, o sea, supongo que estaba en la casa de la mamá y en el caso del chico sabemos dónde se estaba moviendo. Entonces aprendimos que los chicos se comunican con nosotros con tal que le abramos un canal, eso es todo lo que tenemos que hacer, no es necesario que yo esté llamando, sino que basta que sepa mi celular, sepa que estoy en facebook, por esa vía, ese es el conjunto de acciones que tenemos que desarrollar por nuestros estándares hasta antes de llegar a audiencia.”

Curador ad litem 1

h. Capacitación y retroalimentación laboral

Los profesionales reconocen el impacto favorable que han tenido las capacitaciones dentro o fuera del Poder Judicial sobre técnicas de entrevistas de NNA en la calidad de las audiencias reservadas.

“(…) las audiencias reservadas tienen, de hecho, igual algunos aspectos de capacitación en el Poder Judicial y yo los tomé todos, ya aparte de todos los otros postítulos que tengo, pero siempre es un desafío de permanente actualización.”

Consejero técnico 2

A su vez, la retroalimentación laboral entre colegas sobre técnicas y consejos para mejorar las entrevistas con NNA fue identificada como un factor central de perfeccionamiento continuo, que ha permitido afinar sus habilidades para recoger la opinión del NNA.

“Yo creo que aquí hay un aspecto que tiene que ver con una preparación técnica, como un teórico referencial, que es condición sine qua non para todo, en la vida digamos. En el ejercicio de la profesión y la práctica yo creo que todos nos fuimos un poco perfeccionando con estudios, con prácticas, con ir mirando un poco cómo se hacían las entrevistas del otro. Porque nosotros primero estábamos súper asustados, de hecho, nadie quería hacer entrevistas primero. Nadie quería ser el primero y me empujaron, tuve que partir porque era el más chico de las otras chiquillas que son consejeras, que una va a jubilar ahora. Me empujaron, tuve que ir, entonces les dije “yo voy con una condición y compromiso, el compromiso es que ustedes vayan a la sala espejo, tomen apuntes, me digan en qué momento dije algo que no correspondía y cómo lo hubiesen tomado ustedes también en ese sentido”, y ahí nos hemos ido un poco educando con la práctica.”

Consejero técnico 2

“(…) si hay un caso complicado nosotros hacemos reunión y tenemos acá esa posibilidad en las tarde que, no te digo que estamos todos los días en reunión, pero cuando hay un caso complicado, también esas reuniones que son más informales y que sirven muchísimo después de almuerzo y que vas llegando a la oficina y alguien te llama “venga, por favor, oye mañana tengo la entrevista con Juanito del caso tanto, tengo que abordar esta idea, el juez me pidió que profundice sobre este tema, ¿qué le preguntaría tú? o ¿cómo lo harías?” “yo le preguntaría de esta otra forma, si le preguntas así va a producir tal efecto”, esas cosas también van sirviendo mucho.”

Consejero técnico 2

i. Efectividad de instrucción de la Corte Suprema para aumentar la escucha de la opinión de los NNA en cuidado alternativo residencial

Una de las profesionales relató el resultado positivo que produjo la instrucción dada por la Corte Suprema a los tribunales de familia que los obligó a escuchar a los NNA que se encuentren bajo cuidado alternativo residencial. Como consecuencia de esta orden, las instancias de escucha de la opinión de estos NNA aumentaron considerablemente.

“Distinto es el caso de los niños que están en residencia, porque como ahí ha habido harta presión inclusive desde instancias internacionales de exigirle al Estado de Chile que esté a la altura después de la muerte de Lisette, distinto es porque ahí se están fijando estándares como desde la superioridad, entonces tampoco los jueces se van a exponer a que se indique que los niños no están ejerciendo su derecho a ser oídos y entonces en el contacto de las visitas residencias que se realizan, siempre los niños tienen un espacio de escucha y eso ha permitido de algún modo que es posicionarlos y darles el espacio que a ellos les corresponde para manifestar sus inquietudes o sus intereses y si hay situaciones críticas también ahora (después de Lisette estoy hablando) se están agendando espacios para que ellos tengan la posibilidad de recurrir al tribunal cuando ellos lo estimen, sobre todo por los abogados de “mi abogado”.”

“Consejera técnica: Sí, en esa instancia de visita a las residencias los niños pueden hacerle preguntas al juez, el juez les pregunta cómo están, cómo se sienten en la residencia y si tienen inquietudes y eso es parte también del protocolo que corresponde a la visita a residencia. Ahora último después de Lisette eso ha sido mucho más riguroso, antes era como que el juez iba, hacia la visita, revisaba y escuchaba algunos niños; ahora yo entiendo que eso se está haciendo de manera mucho más generalizada.

Entrevistadora: ¿Como cuántas veces van ellos? ¿tienen que ir una vez al año?

Consejera técnica: Dos veces. Ahora se está haciendo en los meses de mayo y de noviembre.”

“En el centro de medidas cautelares solo los niños de residencia tienen esta instancia por el tema de la instrucción que viene desde arriba de que hay que darle más relevancia a esos temas, pero la generalidad de los niños con medidas de protección no tienen este trato como tan acucioso, tan detallado.”

Consejera técnica 1

j. Regular la instancia de escucha directa del NNA como trámite esencial del proceso, aunque voluntaria

La mejora más requerida por los profesionales en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección fue la regulación de una instancia procesal de escucha de la opinión del NNA como trámite esencial, que asegure su participación directa en el proceso siempre cuando se cuente con su consentimiento.

“(…) aumentar la cantidad de entrevistas, partamos con que salgamos de 7% de residencia a nivel nacional y del 10% de entrevista en los tribunales de familia, o sea primero incorporar realmente la entrevista, o sea citarlos a entrevista.”

Jueza 3

“Yo creo que la entrevista privada en un proceso de una medida de protección debe ser obligatoria. Lo que puede tener cierta flexibilidad es el momento, pero el proceso debe ser obligatorio. Yo creo que debe haber un mecanismo que establezca alguna modificación a la Ley 19.968 donde se señala que el tribunal debe y que no quede tan facultativo, que el tribunal debe oír al niño.”

Consejero técnico 2

“(…) me parece que debiera existir una instancia como permanente de escucha a los niños, así como existe una etapa de ingreso de la causa, así como existe una audiencia preliminar a veces, una audiencia preparatoria y luego una audiencia de juicio, debiese existir un agendamiento de una audiencia para que los niños ejerzan ese espacio si quieren ejercerlo y si no quieren no se hace, pero que al menos estuvieran la posibilidad de abrirlo (…)”

Consejera técnica 1

k. Evaluación de las audiencias reservadas: medición de cantidad y calidad mediante establecimiento de meta de gestión

Para mejorar la escucha y conocimientos de la opinión de los NNA en los procesos judiciales sobre medidas de protección, se propone iniciar un proceso de

seguimiento centralizado en el Poder Judicial, que mida periódicamente la cantidad y la calidad de las audiencias reservadas.

“Es importante para las Cortes, yo lo sé, en la jurisprudencia está claro, pero al momento de seguir y preguntarle a los jueces “¿cuántas entrevistas ha hecho usted?, ¿cómo uste va a hacer 20 y usted va a hacer 2?, ¿qué está pasando ahí?”, ¿cómo? si tienen la misma carga y la misma cantidad de audiencias y la misma materia, como que todavía no dan ese salto de continuar con el seguimiento en la calidad de la entrevista.”

Jueza 3

Con el objeto de proveer la base de datos e incentivar la mejora de la calidad de las audiencias reservadas para un conocimiento óptimo de la opinión de los NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, se sugiere establecer la realización de audiencias reservadas y el cumplimiento de un estándar de calidad en su ejecución como meta de gestión de los tribunales de familia.

Los profesionales entrevistados indican que la realización de una audiencia reservada sería fácilmente identificable en cada expediente digital mediante la utilización de la nomenclatura “Ejercicio del derecho del niño a ser oído”, que existe actualmente en el Sistema Interconectado de Tribunales de Familia (SITFA) pero no es tan uniformemente utilizado.

“Hay nomenclaturas incluso que se ha incorporado al sistema "Ejercicio del derecho del niño a ser oído", o sea, el sistema puede medir (...). (...) yo creo que esto debería ser parte de una meta de gestión, (...) de que no debería haber una tasa inferior es a tal porcentaje del niño de una medida de protección.”

Consejero técnico 2

1. Capacitación continua sobre técnicas de entrevista a NNA: cursos para jueces e instancias laborales de retroalimentación con consejeros técnicos

Los profesionales entrevistados, especialmente los jueces, destacan la importancia de realizar capacitaciones continuas sobre cómo entrevistar y recoger la opinión de un NNA.

“Pero siempre es bueno seguir perfeccionándose y conociendo nuevas tendencias de cómo entrevistar, creo que uno nunca puede pensar que ya consiguió todo, yo creo que la mejora continua debe ser una premisa súper importante para todos nosotros.”

Jueza 2

Por su parte, los consejeros técnicos proponen la creación de instancias laborales formales entre consejeros técnicos y jueces para generar propuestas y estrategias que aumenten la calidad de las audiencias reservadas.

“Yo creo que las competencias están, las tenemos, pero no hay esos espacios de creatividad, no hay una forma en que se puedan ir canalizando, salvo que tú ya te ganes la confianza del juez con el que estás trabajando y se generen estas iniciativas que te cuento, pero porque el juez te está validando, no porque como tribunal o como poder judicial el consejo técnico como tal tenga un peso para hacer este tipo de propuestas.”

Consejera técnica 1

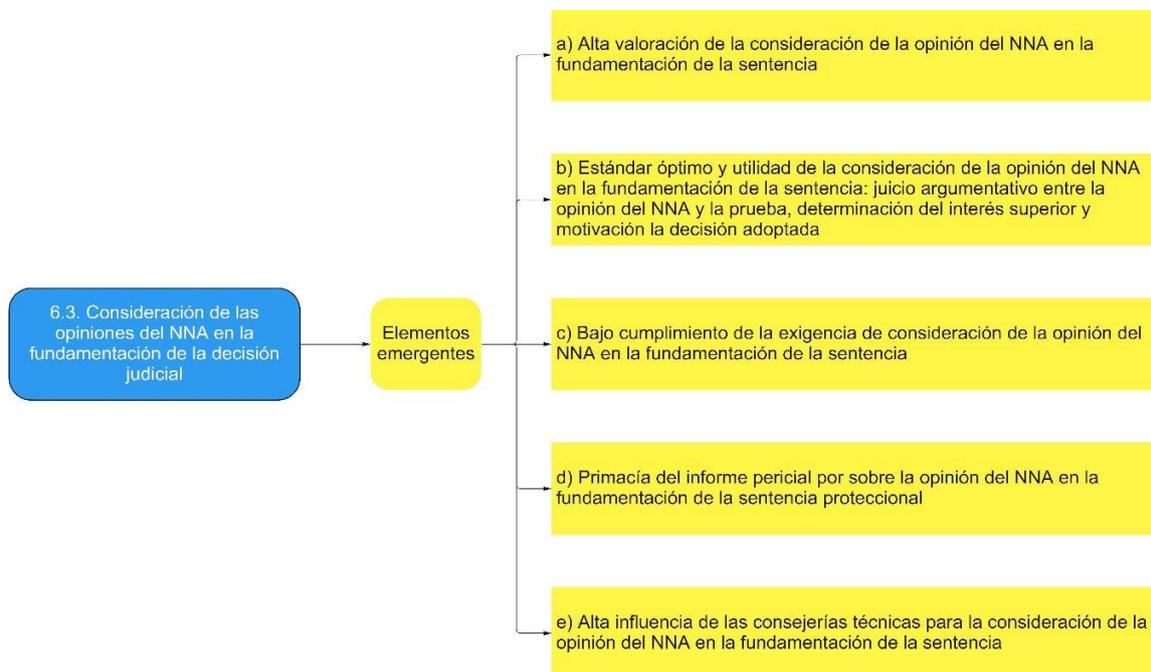
6.3 Consideración de las opiniones del NNA en la fundamentación de la decisión judicial

En este subcapítulo se exponen las percepciones y opiniones de los entrevistados sobre la integración adecuada de la opinión del NNA que debe hacer el juez en el razonamiento argumentativo de la sentencia para la fundamentación de la decisión.

6.3.1. Elementos emergentes respecto a la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial

En primer lugar, se exponen los temas generales mencionados por los entrevistados que circundan la exigencia de esta consideración. Estos elementos se ilustran en el siguiente diagrama:

Resultado 7: Elementos emergentes respecto a la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial



Fuente: Elaboración propia

a. Alta valoración de la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia

Todos los profesionales valoran positivamente la integración de la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia, tanto, porque se trata de un derecho de los NNA, como porque constituye un gran aporte a la argumentación de la decisión finalmente adoptada.

“Es un derecho también que ellos tienen, a que uno incorpore dentro de lo que decide la opinión de los niños, niñas y adolescentes. Para mí por lo menos es fundamental, siempre ha sido así.”

Jueza 3

“(…) yo siempre lo incorporo, para mí no es difícil, creo que me aporta muchísimo y en general como la pregunta que me hiciste antes, tiende a coincidir el interés manifiesto con el interés superior, entonces en el fondo me ayuda en la argumentación.”

Jueza 2

“(…) hay una especie como de desafío para los jueces de lograr incorporar eso, porque es un elemento súper decidor, es un elemento que te da mucha información y donde ellos también logran incorporarla y fundamentar desde lo jurídico (…)”

Consejero técnico 2

Indican que una sentencia óptimamente fundamentada incluye el razonamiento sobre la opinión del NNA y el alcance o el sentido en que fue considerada para adoptar la decisión decretada, contrastándose también en la fundamentación de la sentencia la prueba aportada en el proceso judicial.

“La argumentación y consideración de la opinión del niño es clave. No solamente decir “se escuchó al niño”, sino que se escuchó y esto tuvo tal peso, o no tuvo, o se consideró o no, cuánto, cómo.”

“El estándar de motivación se logra, primero, haciendo la motivación, o sea, fundamentando la sentencia, realizando una sentencia con considerandos, razonamiento, decisión.”

Curadora ad litem 3

“(…) me gusta que queden bien, sobre todo cuando sé que van a apelar además, porque además me gusta la resolución fundamentada. Para mí no es fundamento decir ‘bueno, atendido lo que dijo la consejera técnica, los informes que se rindieron en la causa y lo que dijeron las partes, se estima que hay vulneración de derechos, se resuelve’, porque alguna gente piensa que eso es fundamentación, para mí eso no es fundamentación.”

Jueza 2

b. Estándar óptimo y utilidad de la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia: juicio argumentativo entre la opinión del NNA y la prueba, determinación del interés superior y motivación la decisión adoptada

Los profesionales tienen presente que la consideración de la opinión del NNA en la sentencia no es decidir conforme a sus deseos, sino que exige que en el ejercicio argumentativo de la sentencia se describa adecuadamente la opinión del NNA y esta se contraste con la prueba aportada en el proceso.

El juez no está obligado a decidir en conformidad al interés manifiesto del niño, o decidir como el niño diga, pero sí está obligado a señalar si ponderó o no ponderó, y porqué ponderó o no la opinión del niño, o cómo ponderó esa opinión. Es una obligación para efectos de definir el interés superior, que diga cuánto pesó, cuanto no pesó la opinión del niño.

Curadora ad litem 3

Exponen que el cumplimiento del estándar óptimo de la consideración de la opinión del NNA le sirve al juez para fundar adecuadamente la decisión adoptada.

De lo advertido por los entrevistados se puede concluir que los pasos argumentativos a seguir para lograr aquello son los siguientes: el juez lleva a cabo un juicio argumentativo de ponderación y contraste entre la opinión del NNA y la prueba aportada, que le permite determinar el interés superior del NNA en el caso particular y, de este, derivar fundadamente la decisión adoptada.

“Es lo mismo que pasa con el interés superior del niño, al final colocan ‘conforme el interés superior del niño’, pero nadie sabe qué quiere decir eso. Entonces parece que hubieran escuchado al niño porque lo dicen, pero en realidad eso no está entrelazado con el conjunto de los otros argumentos”

“Un trabajo más fino debería enlazar, “el niño dice esto, pero qué dijo el DAM, qué es lo que los informes me dicen en esta cuestión”, cómo enlazo yo todas las pruebas entre sí para saber cuál es el interés superior del niño”

Curador ad litem 1

“(…) a lo mejor incluso como que pueden tomar más cosas de la opinión del niño y del consejero, como que la opinión que yo doy a lo mejor lo toman y dicen “bueno, la perspectiva del niño se puede entender desde este punto de vista o de este otro, el consejero técnico dijo esto, esto otro” (…)”

Consejera técnica 3

c. Bajo cumplimiento de la exigencia de consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia

A pesar del consenso entre los entrevistados en cuanto a que una sentencia óptimamente fundamentada debe considerar la opinión del NNA en su razonamiento, tanto los consejeros técnicos como los curadores ad litem

manifestaron que en las sentencias de los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección la argumentación que considera la opinión del NNA es nula o insuficiente.

Por un lado, algunos jueces solo enuncian en la sentencia que el NNA fue escuchado, sin aportar detalle o razonamiento alguno.

“Claro, es como el fundamento formal, dicen "habiendo sido escuchado el niño", es como eso lo que escuchas en el fundamento del fallo, nada más. Es como "se escuchó al niño y habiéndose cumplido audiencia la reservada", eso es lo que dicen en el fallo, nada más, entonces es un fallo como pobre.”

[Consejero técnico 2](#)

“Entrevistadora: ¿la fundamenta razonablemente considerando la perspectiva del niño, habla sobre justamente cómo se recabó la información del niño y ahí explica más o menos por qué toma esa decisión o eso es muy rápido y funciona más como un trámite?

Consejera técnica: Es como un trámite, mucho más rápido.”

[Consejera técnica 1](#)

Por otro, en la mayoría de las sentencias se observa un bajo nivel de profundización descriptiva y argumentativa sobre la opinión del NNA y la forma y alcance en que aquella fue considerada para decretar la decisión sobre la aplicación de una medida de protección o no.

“No, yo creo que los jueces están pegados. En el ejercicio yo creo que el salto que les falta hacer es desligarse un poco de que la entrevista es privada y reservada, velando evidentemente por el cumplimiento de eso para poder transformarlo en su discurso o en su fallo o en la relación que hacen de los hechos, de una manera como más entendible e incorporar la perspectiva del niño también en el fallo. Creo que no está incorporada.”

[Consejero técnico 2](#)

“Consejera técnica: Me pasa a lo mejor que como que lo hacen como un requisito, como que tiene que estar, entonces lo ponen, pero no sé si está como tan desarrollada la perspectiva del niño, como esta cosa más como a lo mejor así de decir cuál es la visión de mundo que tiene el niño, como que dice así como 'bueno, en la entrevista reservada el niño dio su opinión y manifestó a grandes rasgos que su situación proteccional era adecuada y que estaba bien' y lo ponen, tiene que estar.

Entrevistadora: Pero ¿siempre es muy corto lo que se refiere al niño?

Consejera técnica: Es muy corto, es como un párrafo, es una cosa así que tiene que estar, pero yo creo que no hay un desarrollo de eso de "a ver, ¿cuál es la perspectiva del niño?" que, a lo mejor incluso como que pueden tomar más cosas en la opinión, como que la opinión que yo doy a lo mejor lo toman y dicen "bueno, la perspectiva del niño se puede entender desde este punto de vista o de este otro, el consejero técnico dijo esto, esto otro", pero así como que el juez se ponga en la perspectiva del niño desde lo jurídico como que yo siento que no lo he visto así como tan desarrollado.”

[Consejera técnica 3](#)

“Yo creo que todavía falta mucho. Yo creo que lo que hemos logrado y que se ve como algo positivo es como 70% de lo que hay que lograr todavía. Más bien logramos que lo que el niño dice se considere en la

decisión final, pero muy escuetamente, lo que el niño dice no logra entrelazarse con el resto de la prueba, por ejemplo, con todos los otros elementos del juicio.”

“(…) hay jueces que hacen una sentencia verbal, me parece a mí que la incorporación de la voz del niño es meramente periférica. Es un elemento que para alguno de ellos es importante, pero que ellos no logran enlazarlo ni normativamente con las cuestiones jurídicas que se ven involucradas, que están en juego, ni con los otros elementos fácticos de juicio, lo que los abogados llamamos los presupuestos normativos, que son fácticos, que son los que tienen que construir la justificación, quedan como escindidos.”

Curador ad litem 1

“Además, es super frustrante, porque todos mis colegas ponen mucho trabajo en el rol de abogado del niño, entonces, en la audiencia de juicio final, llegamos con nuestro alegato de clausura súper bien preparado y pregúntame cuántos jueces recogen, aunque sea, dos líneas de eso en la fundamentación. Nada, huevo. Te lo señalo no por un tema de ego profesional, sino que porque, a la hora de analizar las sentencias, uno se da cuenta que el razonamiento es de una pobreza impresionante, sobre todo en primera instancia.”

Curadora ad litem 3

En cuanto a las causas de la deficiente consideración de la opinión del NNA en las sentencias, los profesionales identificaron, por un lado, el temor de los jueces a transgredir la reserva de la audiencia y exponer la opinión del NNA, y, por otro, la falta de capacidad de los jueces para plasmar en las sentencias un razonamiento biopsicosocial-jurídico.

“(…) en general, como es el acta del juicio, se menciona simple y mínimamente [la opinión del NNA], por esto que los jueces dicen de la privacidad, la intimidad. Se menciona que el niño fue escuchado. En muy pocos casos ahondan en qué fue lo que el niño dijo, o pensó, por los motivos que te estoy diciendo.”

Curadora ad litem 3

“(…) yo creo que ese es un ejercicio que igual les cuesta hacer porque es como biopsicosocial jurídico, y esa reconversión al verbalizarla yo creo que no lo logran. No es porque no quieran, sino porque dentro de sus habilidades, capacidades de formación no están incorporadas, no saben.”

Consejero técnico 2

Otra de las razones señaladas es que las sentencias no son dictadas por los jueces teniendo en consideración que van dirigidas especialmente a NNA, sino a los abogados y partes adultas del proceso judicial, volviendo innecesario profundizar sobre la consideración de la opinión en la fundamentación de la sentencia.

“Entrevistadora: ¿Usted considera que ese ejercicio que hace usted para poder considerar esa perspectiva del niño y ponerla evidentemente no de manera literal, pero sí argumentativamente en la decisión, es muy difícil para algunos jueces? (...) ¿qué cree que afecta a veces a los jueces para no poder o no lograr involucrar esa perspectiva del NNA en la decisión?

Juez: Capaz que hasta temas prácticos, porque como el niño teóricamente no recurre contra el fallo, los jueces piensan que no hay que fundarlo para él y como lo puede hacer la mamá o el papá, mejor tratar de satisfacer a los abogados para que no recurra al fallo, como que es muy simplista. Hay otros que a lo mejor no lo consideran relevante, necesario (...)”

Juez 1

Cabe señalar que los profesionales observan la falta de consideración especialmente en las sentencias de los Tribunales de Familia de primera instancia. En este sentido, uno de los curadores ad litem indica que, en los últimos años, las sentencias han mejorado en cuanto a la consideración de la opinión del NNA por la revisión de las sentencias realizada por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, tras la interposición de recursos.

“(…) a la hora de analizar las sentencias, uno se da cuenta que el razonamiento es de una pobreza impresionante, sobre todo en primera instancia.”

Curadora ad litem 3

“(…) y eso ha sido a tumbos digamos porque precisamente desde la Corte muchas veces se han revertido algunas decisiones por esto o varias.”

“Ha habido también un trabajo en los tribunales superiores de concientización, de comprensión y de estudio de este tema y muchas veces ahí es donde le ponen el “coto” a decisiones sin considerar la voz de los niños. Entonces, yo diría que se ha ido ajustando bastante.

Como te digo, yo tramito en Santiago y antes, la primera época en el programa en San Miguel, que son dos tribunales que son importantes y que se esfuerzan hartito y tienen hartos jueces, etc. (no quiero decir que el resto no se esfuerce), entonces yo diría que en términos de la sentencia en general intentan o se hacen cargo, más o con mayor o menor profundidad, pero sí, precisamente por el asunto de la observación de la

Corte digamos.”

Curador ad litem 2

d. Primacía del informe pericial por sobre la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia protectorial

Este apartado expone las apreciaciones de los profesionales entrevistados respecto a la relevancia que adquieren los informes periciales en la fundamentación de la sentencia de un proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección, en contraste con la consideración que se le da a la opinión del NNA sobre el asunto en este tipo de juicios.

Primeramente, los profesionales aclaran que la opinión del NNA y, por tanto, la audiencia reservada, no constituye un medio de prueba, sino el ejercicio de un derecho, por lo que, en principio, no cabe realizar en la sentencia un juicio ponderatorio en términos probatorios con la opinión del NNA. Sin embargo, reconocen que es un elemento relevante para considerar en toma de decisión del caso.

“(…) no te hablo de la opinión del niño porque no lo considero medio de prueba, pero es un elemento relevante a considerar (…)”

Juez 1

Luego, se confirma la importancia de los informes periciales en los procesos judiciales protectores confeccionados por organismos colaboradores del Programa de Diagnóstico Ambulatorio (en adelante, DAM), en tanto son medios de prueba que cuentan con presunción técnica en situaciones de eventual gravedad vulneratoria de derechos de NNA.

Jueza: Los informes psicológicos, las evaluaciones psicológicas, las evaluaciones de condiciones de proteccionalidad, esos son principalmente los que uno toma en consideración.

Entrevistadora: Esas ¿a quién se las solicitan allá en el tribunal?

Jueza: Al DAM de [ciudad donde se encuentra el Tribunal]. Pero son todas importantes porque hay informes escolares que también son súper valiosos cuando lo hacen buenos, los informes escolares valen mucho porque cuando hay un profesor que se interesa y tiene cercanía y es un espacio cotidiano pre-pandemia, es una segunda casa, entonces no se le tiene que restar valor a la opinión de un profesor porque convive con el niño, entonces todo se va como encajando con el otro antecedente.

Entrevistadora: Son todos más bien relevantes en general.

Jueza: Son todos relevantes, por supuesto que la pericia porque es una herramienta mucho más técnica, (...).”

Jueza 3

“Entonces yo creo que la prueba, para emitir la opinión, siempre tiene que ser ponderada como en su conjunto y verificando que los aspectos metodológicos sean mínimamente suficientes para efectos de opinar (...).”

Consejero técnico 2

Los entrevistados advierten que la relevancia de estos informes en los procesos judiciales protectores es de tal entidad que recurrentemente tienen más peso en la fundamentación de la sentencia que la propia opinión del NNA.

“Ahora, tal vez en lo protector es al revés, ahí las opiniones técnicas de los actores involucrados en general pesa más que la opinión de los niños.”

Curador ad litem 2

Consejera técnica: Yo creo que en protección, en la gran generalidad de los casos, lo que tiene más peso para adoptar las decisiones son las pericias, eso es lo que determina la decisión judicial, o sea es muy difícil que un juez se aleje... y en general en las causas de protección, el peritaje es uno solo.”

“En general se va en la misma línea del DAM, intentando contextualizar, porque a veces el DAM sugiere demasiadas cosas, entonces tú realísticamente piensas que ni siquiera tú podrías, si quisieras, asistir a tantas cosas diferentes durante el curso del mes.”

Consejera técnica 1

Una de las consejeras técnicas considera que la razón de aquello podría ser que en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección la mayoría de las partes son personas de situación socioeconómica vulnerable, por lo que, extrañamente comparecen representadas judicialmente o presentan informes periciales privados que controviertan lo informado por el DAM, transformándose

este último informe en el elemento probatorio central del proceso judicial proteccional.

“Lo proteccional pareciera que no tiene controversia, no tiene discusión, por eso que lo contencioso es más rico porque cada parte ofrece sus pruebas, porque cada parte lleva sus peritos, porque está la instancia de preguntar, de contrastar, de confrontar y de armarse una mirada más integral, en cambio acá es solo una mirada, es el equipo DAM que evalúa a la madre, al padre y al niño, y en realidad son 3 informes, pero al final es solo 1 porque van para el mismo lado los 3 informes y te dan cuenta de una sola perspectiva.

Entonces obviamente que si esa es la única prueba que hay (informe del DAM), porque la parte generalmente no ofrece pruebas, la parte que llega a protección es una parte como vulnerable, no tiene recursos, que no entiende qué es lo que está pasando, que lo único que piensa es que le van a quitar a los niños, se los van a llevar al Sename, que si tiene abogado es porque el tribunal se lo designó porque en realidad abogado propio la gente no lleva y, por lo tanto, los abogados que están siempre ahí se allanan al DAM y sería todo, porque tampoco la gente tiene como costear un peritaje y no hay quién lo haga de manera gratuita aparte del DAM. Entonces es una prueba que está demasiado enfocada hacia una perspectiva y es una prueba que no tiene discusión, entonces evidentemente que al momento de tomar la decisión el juez se va a apoyar en esa prueba y se acabó.”

Consejera técnica 1

Los profesionales identifican fácilmente la relación entre los elementos probatorios y la opinión del NNA y su impacto en la consideración de la perspectiva del NNA en la fundamentación de la sentencia: cuando la opinión del NNA coincide con la prueba es fácil para el juez integrar la consideración de la perspectiva del NNA en la sentencia; sin embargo, cuando divergen, el ejercicio argumentativo se vuelve mucho más complejo, ya que, en esos casos, a los jueces les es difícil integrar la opinión del NNA sin percibir que están vulnerando la reserva de la audiencia reservada, lo que hace que fundamenten y consideren con vehemencia en la sentencia el contenido del informe pericial.

“Ahora, como te digo, es fácil cuando la opinión coincide con el resto de la prueba, cuando coincide con las pericias, cuando coincide con los testigos; lo difícil es fundamentar tu decisión cuando la opinión no coincide con el resto de la prueba, ahí tienes que hacer un esfuerzo extra y hacerte cargo de la opinión, razonar por qué más allá de la opinión manifiesta del niño, tu decisión fue contraria a ella y por qué te fundamentas en el interés superior, por qué el interés superior es distinto para ti que el interés manifiesto.

Cuando coinciden ambos, maravilloso, pero cuando no coinciden tienes que hacer un ejercicio de razonamiento aún más profundo, entender qué es el interés superior en este caso en particular y por qué el interés superior es más importante, por qué tienes que privilegiarlo más allá del interés manifiesto que es el resultado de la opinión.”

Jueza 3

En este sentido, los jueces entrevistados afirman que cuando se constata que los informes periciales del DAM tienen baja calidad metodológica o si se presentan pericias contradictorias, la opinión del NNA cobra mayor prioridad para ser integrada en la consideración de la sentencia.

“(…) tiendo a discrepar de estas posiciones cuando los informes no tienen los mínimos estándares de admisibilidad, cuando los informes son poco coherentes, cuando los informes no son propositivos, cuando exponen juicios de valor más que aspectos técnicos, yo ahí leo más bien la “guata” del que lo está haciendo y yo no necesito eso, necesito alguien técnico, que sea capaz de controlar lo que a uno le pasa, porque a ti también te cae bien una persona o te cae mal una persona, y no puedes fallar en contra alguien que te cayó mal, pero tienes que tener esa “guata” controlada y ser capaz de que tu cabeza y tu inteligencia pueda pensar. A veces cuando eso no se plasma en un informe yo tiendo a desconfiar, me produce eso y por eso ahí le resto un poco de mérito.”

Juez 1

“Lo que pasa es que en el juicio está todo, están los informes, el DAM, está el informe de la OPD, está lo que uno ve en la audiencia, o sea imagínate que uno a veces en la audiencia, por ejemplo, te voy a poner casos burdos: una niña que tiene 8 años está en la residencia y llega la mamá con abogado y que la mamá quiere que le devuelvan a la niña, entonces yo le digo “pero señora ¿usted sabe por qué está su hija acá en el hogar?” “sí, porque dicen que mi pareja que no es el papá abusó de la niña”, “ya” le digo yo “y usted ¿qué opina de eso?” “que es mentira, ella se le ofrece”, entonces ese comentario ya me entrega mucha información de que la mamá no ha problematizado, no necesito que ningún informe me diga nada, podría yo no tener ningún informe y darme cuenta que esta niña no puede volver con esta mamá que piensa que ella se le ofreció a la pareja con 8 años para que la abusara sexualmente. Por ejemplo, hoy tuve una audiencia que me demoré en que un niño colombiano, que su papá maltrataba mucho a la mamá y la mamá tuvo que salir arrancando a Colombia y cuando vuelve, ahora viene a buscarlo y el papá es colombiano, pero está en Chile, y yo le pregunto al abogado “¿usted está de acuerdo con que se vaya?” “no, estoy en desacuerdo” “¿por qué?” “porque mi representado ha hecho todas las terapias, de hecho, estoy acompañando el informe de evaluaciones de habilidades parentales del papá que dice que tiene buenas habilidades parentales” “y ¿en qué consistió?” y me dice “hicimos 3 sesiones en marzo de ahora y el papá tiene prohibición de acercamiento al niño”, entonces yo digo “ya, pero, perdón ¿cómo logró la psicóloga ver si es que tenía habilidades parentales si él tiene prohibición de acercamiento, no ha podido ver la relación del padre con el hijo?”, entonces esa sola pregunta y la falta de respuesta me da mucha información porque en el fondo el papá no ha desplegado ninguna acción, lleva 3 sesiones y una psicóloga dice que tiene habilidades parentales cuando en 3 sesiones ni siquiera habló con el hijo, entonces ni siquiera tengo que ver ese informe, la respuesta que me da respecto del informe me da mucha información.”

Jueza 2

“Pero sí ha ocurrido que el DAM plantea algo o las pericias plantean una cosa y a veces sobre todo cuando hay pericias contradictorias son muy evidentes, las familias muy conflictuadas y tú ves algo distinto ahí, y ahí también hay que hacerse cargo de la argumentación en contra, hay que decir por qué uno va a considerar tal o cuál prueba y eso torna más compleja la sentencia desde que tienes que estar constantemente argumentando en contra digamos, pero también la hace más consistente me parece.”

Juez 1

e. Alta influencia de las consejerías técnicas para la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia

Casi todos los profesionales entrevistados relevaron el rol de las consejerías técnicas, en tanto asesores de jueces, para lograr una mayor consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia.

Esto porque, en primer lugar, observan que, en la mayoría de las causas, los análisis de antecedentes del juicio y las decisiones adoptadas finalmente por el juez

condicen con la sugerencia realizada por el consejo técnico. Por tanto, los consejeros técnicos poseen un nivel de influencia relevante en las decisiones de los jueces y, en parte, en la fundamentación de la sentencia.

“(…) el juez toma la decisión, que, en general, está súper en sintonía con el consejero. No sé si decirte que la opinión del consejero es determinante o bien es algo que tienen medio cocinado, hay un acuerdo previo, se conocen criterios.”

“Han sido muy pocas las veces que yo veo que un juez toma una decisión que se aleje completamente de la opinión del consejero, no recuerdo la verdad.”

Curadora ad litem 3

“(…) lo que hay también es mucha sintonía, por lo menos en este tribunal, en la sugerencia del consejo técnico con lo que se resuelve. Yo creo que nos tienen mucha consideración a la opinión, generalmente está como en sintonía y estamos como en la misma línea.”

Consejero técnico 2

En este sentido, se considera que el asesoramiento del consejero técnico al juez funciona como catalizador entre la opinión del NNA y la consideración de aquella en la fundamentación de la sentencia, pudiendo impactar su rol directamente en la integración de la perspectiva del NNA en la argumentación final de la decisión adoptada.

“(…) yo creo que la experiencia nos ha dicho que la capacidad de empatía y sintonía que uno debe tener con los niños, niñas y adolescentes al momento de dar una opinión o de señalar una sugerencia respecto de que se resuelva en relación a su vida, tiene que estar en sintonía con eso. O sea, por muy distante que esté tal vez lo que el niño quiere con lo que uno ya intuye que el juez va a resolver, uno tiene que apostar por un justo medio, tiene que haber un espacio como de transición, porque, en definitiva, una medida que es adoptada de manera tan dramática o tan drástica no tiene ningún efecto positivo.”

Consejero técnico 2

La importancia del rol del consejero técnico para la consideración de la opinión del NNA también se observa, incluso con más preponderancia, en su labor de tercero compondor para la construcción de soluciones colaborativas entre las partes del proceso judicial. En esta instancia, el consejero técnico dialoga con las partes, expone un análisis de la perspectiva del NNA, de los elementos probatorios y de los antecedentes recabados, proponiendo una solución conjunta que, luego, es sometida a aprobación del juez.

Esta instancia, donde el consejero técnico debe realizar el ejercicio de considerar la opinión del NNA para construir la decisión colaborativa que propondrá a las partes, es sumamente importante, ya que constituye la modalidad más recurrente por la cual se pone término a los requerimientos sobre aplicación de medidas de protección, especialmente en la Región Metropolitana.

“Consejera técnica: La verdad es que hoy en día la decisión que adopta el tribunal generalmente se lleva a cabo a través de una solución colaborativa y ahí el consejero técnico es quien hace la mayor parte de la labor, entonces previo a la audiencia, el consejero se conecta con las partes, con sus abogados, con el curador, con los profesionales de los programas que han hecho evaluaciones, seguimientos y se conversa con todos los intervinientes y se les pregunta su parecer respecto a cuál podría ser la mejor solución o decisión en el caso de este niño, y entonces se le intenta, porque yo no diría que se logra, explicar a los padres el resultado de las pericias, el por qué dicen una cosa u otra y desde ahí se les pregunta si estarían de acuerdo. (...)

Entonces, sí, el consejero tiene harta participación en ese espacio porque es quien recaba los antecedentes, explica las situaciones y finalmente entramos a una audiencia muy breve que no dura más de 10 minutos donde el consejero da cuenta de los acuerdos y el juez aprueba los acuerdos, entonces terminamos las causas por solución colaborativa del artículo 75 y luego empieza la fase de cumplimiento.

Entrevistadora: ¿Así funciona en la mayoría de las causas? ¿casi el 100%?

Consejera técnica: Sí, yo diría que el 75% por lo menos.”

“Sí, yo diría que en general se logra el consenso, yo tengo una metodología de trabajo que no está dada por mi cargo ni por mi rol, sino que más bien por la formación que yo tengo, porque yo soy psicóloga, pero yo soy terapeuta familiar, entonces la forma en que trabaja un terapeuta familiar es esa, es como recogiendo perspectivas y tratando de integrarla, dándole valor a cada punto de vista, no primando uno por sobre el otro.”

Consejera técnica 1

Ahora bien, la influencia de los consejeros técnicos en la consideración de la opinión del NNA se ve condicionada por el espacio que le otorguen los jueces en los procesos judiciales, especialmente en la audiencia de juicio o en la que se toma la decisión. En este sentido, los siguientes extractos ilustran dos formas distintas en que los jueces entienden la labor del consejero técnico, impactando cada una directamente en su posibilidad de aportar a la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia (relato de la Jueza 3) o no (relato del Juez 1).

“Yo les doy la palabra, yo hago las observaciones y después le doy la palabra al consejero técnico y al curador para que también ellos hagan observaciones respecto a la entrevista. El curador en realidad nunca dice nada, dice “sí magistrado, todo lo que usted dijo correcto” y el consejero sí, todo lo que yo digo como desde el “estómago” le pone el marco teórico, entonces queda “redondito”. (...)

Cuando yo tomo la decisión, yo expongo el resultado de la entrevista, yo digo “que por el Artículo 12, ejerció su derecho a ser oído de la convención de derecho del niño, pero por su derecho a la vida privada en la intimidad, yo no puedo reproducir exactamente lo que él dijo, sin embargo, también tiene derecho por la observación N°12 de la convención del comité de derecho del niño a que yo incorpore en mis decisiones el resultado de la entrevista y en base a ello yo voy a hacer presente algunas observaciones generales” y ahí “me tiro” y de ahí le doy la palabra al consejero técnico para que también efectúe las observaciones técnicas de la entrevista y ahí queda como “súper redondito”.”

Jueza 3

“El consejero técnico a nivel nacional yo diría que ha tomado mucha fuerza y mucha preponderancia y tiendo a pensar que tiene que ver con una importante delegación de funciones de los jueces a los consejeros, a veces el consejero es el que escucha, a veces es el consejero el que sale a hablar con las partes para llegar a un acuerdo, y eso no está bien, porque no podemos delegar funciones y además

porque la gente espera que el juez le diga las cosas. Está el principio de inmediación que obliga que el juez esté presente todas las diligencias, entonces hay un sin número de razones para sostener que esa especie de audiencia que toma solo el consejero como si fuera un juez, junto a la parte y al niño está mal.”

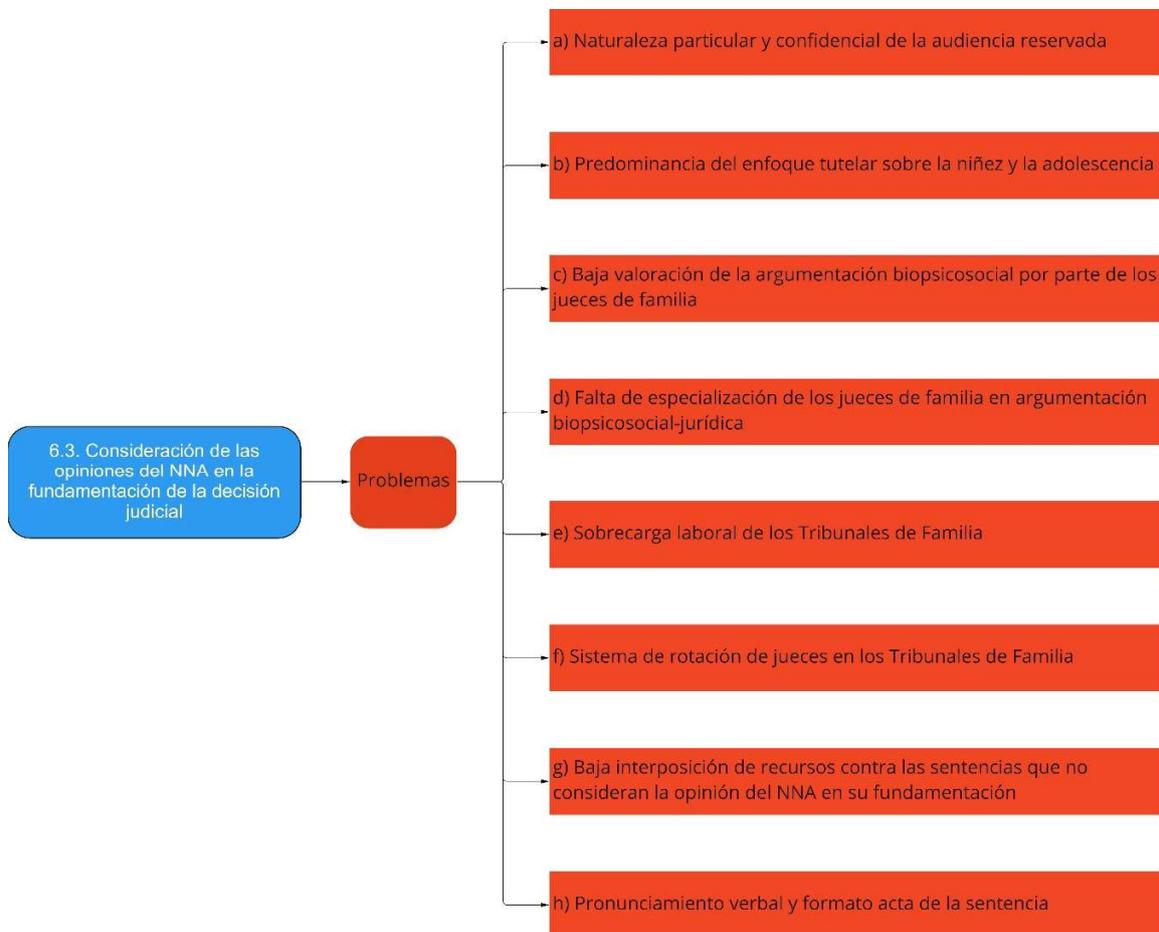
Juez 1

6.3.2. Obstáculos a la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial

Los profesionales entrevistados identifican una serie de factores y aspectos que dificultan, directa o indirectamente, la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia en los procesos judiciales de aplicación de medidas de protección.

El diagrama sintetiza los problemas señalados que serán abordados en los siguientes apartados:

Resultado 8: Problemas para la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial



Fuente: Elaboración propia

a. Naturaleza particular y confidencial de la audiencia reservada

Frente a la pregunta sobre porqué es difícil considerar la perspectiva del NNA en la fundamentación de la sentencia, uno de los jueces indicó que, en su opinión, uno de los factores que lo dificulta es la particular naturaleza de la audiencia reservada.

Señala que, como se trata de una diligencia por la cual el NNA ejerce su derecho a ser oído, debe garantizarse la confidencialidad de aquella para resguardar su interés superior. Pero esta reserva de su contenido dificulta al juez integrar la opinión del NNA en la argumentación de la sentencia y, por tanto, considerarla explícitamente en la decisión del caso. Cuestión que también advierte una consejera técnica.

Indica que, por el contrario, si la audiencia reservada tuviera la naturaleza jurídica de medio probatorio o generara algún documento que se incorpore al proceso como medio de prueba, su publicidad y facultad de ser contrariada obligaría al juez a incorporarla a la argumentación de la sentencia. Sin embargo, advierte y se encuentra de acuerdo con que en la regulación chilena la audiencia reservada no constituye un medio probatorio, sino una diligencia particular del ejercicio del NNA del derecho a ser oído.

“Lo que tú me preguntas [sobre la consideración de la opinión del niño/niña en la decisión] me lleva a pensar en cuál es la naturaleza jurídica de esta diligencia [la audiencia reservada]. Algunos sostienen que es un medio de prueba, el problema que tiene ese punto es que si fuera un medio de prueba yo tendría que exponerlo en la sentencia, porque si es un medio de prueba, el abogado podría hacer valer su recurso en contra de ese medio como dice un documento, lo que sea. Entonces es más bien la respuesta al ejercicio de un derecho y no es un medio de prueba (...)”

Juez 1

“Sí, yo creo que también en eso estamos un poco como atrapados, porque es, como, estás metido en un zapato chino, porque el juez se tiene que hacer cargo de la opinión del niño, lo tiene que considerar, tiene que tomar en cuenta, pero no tiene que decir lo que dijo el niño, entonces ahí es “¿cómo lo hago?”.”

Consejera técnica 3

Frente a esta complejidad diagnosticada, los jueces entrevistados manifestaron que su forma de integrar y considerar la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia, resguardando la confidencialidad de la audiencia reservada, es mediante una descripción global, no detallada, de la opinión del NNA y de las observaciones biopsicosociales extraídas de la instancia.

“(...) como el derecho tiene que ser en beneficio del niño con el resguardo protector, lo que yo hago más bien es deslizar aquellos aspectos que el niño me ha autorizado que yo pueda hacer públicos, siempre ponderando esa autorización dependiendo de su edad y madurez (...)”

Juez 1

“Yo lo tengo como modelo en todas mis resoluciones que siempre pongo, por ejemplo, siempre, como en las primeras considerando, ‘se hace presente que se cumplió la obligación de escuchar al niño porque se solicitó audiencia reservada, la entrevista Gesell o se cumplió con la obligación de escuchar al niño, pero a través de su curador ad litem porque en este caso particular no se justificaba que viniera tribunal’, siempre lo hago presente como primera cosa como información para que cualquiera sepa que se escuchó al niño

de una u otra forma. Y, después, yo siempre en la sentencia señalo sin revelar detalles, señalo que el niño aquí se expresó con cierta madurez, con claridad sobre lo que deseaba o no deseaba, ilustró al tribunal en tal sentido, o sea, yo siempre lo incorporo (...)"

Jueza 2

"(...) yo expongo el resultado de la entrevista, yo digo "que por el Artículo 12, ejerció su derecho a ser oído de la convención de derecho del niño, pero por su derecho a la vida privada en la intimidad, yo no puedo reproducir exactamente lo que él dijo, sin embargo, también tiene derecho por la observación N°12 de la convención del comité de derecho del niño a que yo incorpore en mis decisiones el resultado de la entrevista y en base a ello yo voy a hacer presente algunas observaciones generales" y ahí "me tiro" y de ahí le doy la palabra al consejero técnico para que también efectúe las observaciones técnicas de la entrevista y ahí queda como súper redondito."

"(...) ya sé más o menos lo que digo para incorporar y considerar su opinión en la sentencia, que si es voluntario, que el vínculo que se genera, el rango etario, la madurez para el rango etario, me fijo en esa madurez porque si es que tiene madurez o no, si se contradijo o si el relato fue muy coherente, si expresó sentimientos negativos, positivos, si tiene adultos significativos y por qué yo siento que ese adulto es más significativo que este otro, si el es feliz (...), su lenguaje no verbal, ya más o menos sé digamos, un razonamiento tipo y como que lo tengo en la mente y sé en qué me tengo que fijar y ahí voy en el momento diciendo bueno "Luis es..., yo observo de esta forma, de esta otra forma..."

Jueza 3

b. Predominancia del enfoque tutelar sobre la niñez y la adolescencia

Todos los profesionales entrevistados manifestaron, como una de las razones de la falta de consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia, la predominancia en los jueces de familia de una visión tutelar de la niñez y la adolescencia, expresada, por un lado, en el temor de que mediante la consideración de la perspectiva del NNA en la sentencia se vulnere la confidencialidad de la audiencia reservada.

"La excusa que tienen es que muchas veces puede ser perjudicial para el niño que la mamá se entere que el niño dijo que le pegaba, tenemos que resguardar su privacidad y su intimidad. Pero si tú me preguntas, yo te diría que en el 99% de las causas todos saben todo. La madre o el padre sabe cómo opina el niño, entonces no hay ninguna explicación sensata para no considerar o explicitar de qué manera se ponderó la opinión del niño en la sentencia."

"(...) en general, como es el acta del juicio, se menciona simple y mínimamente, por esto que los jueces dicen de la privacidad, la intimidad."

Curadora ad litem 3

"Yo también como que no sabía mucho, no sabía hacerlo, tenía los mismos temores que tenían muchos jueces de decir: "ay, pero le voy a hacer daño". Es que hay tantos mitos con esto. Es como que de repente le decían a los niños "te voy a contar un secreto, vamos a hablar en secreto", no, no digas la palabra secreto, la cuestión es reservada, no hay secreto. Y era como "no, lo estoy traicionando porque confió en mí, entonces confió en mí y no puedo decir lo que él dijo", no, si no se trata de que lo vas a traicionar, se trata que él tiene derecho que tú incorpores también lo que opina respecto de esa entrevista, entonces hay muchos prejuicios, mucha ignorancia."

Jueza 3

Cabe destacar el relato de la jueza 3 que controvierte supuesto conflicto existente entre reserva y participación, dado que, el referirse la sentencia a la opinión del NNA en términos generales y adecuados, considerándola en su fundamentación, no es contrario a su derecho de participación involucrada, sino que, por el contrario, constituye el mecanismo que hace efectivo aquel derecho. En este sentido, según la jueza, solo es posible garantizar la participación del NNA en el proceso judicial considerando adecuadamente su opinión sobre las eventuales decisiones en la sentencia final.

Por otro lado, la prevalencia del enfoque tutelar se constata en que el NNA no se posiciona como el sujeto de derechos central del proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección. Aquello predispondría a los jueces a no considerar óptimamente la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia, ya que no perciben su relevancia y la obligación de hacerlo.

“(…) yo creo que no se considera la perspectiva del niño como lo más importante de todo el juicio, pero como que esa es la idea, yo siento que todos los actores ponemos como énfasis en otras cosas como el procedimiento, la prueba y un elemento más es la opinión del niño, pero como que no es un elemento fundamental, así como que uno dijera “esta es prueba esencial, sin esta prueba esto no se puede”, no pasa lo mismo con la opinión del niño, no es como que uno diga “yo tengo que escuchar al niño y tengo que entender su perspectiva para poder fallar”, no, yo siento que no se da como ese peso que a lo mejor sí es para otras cosas.”

Consejera técnica 3

“(…) no lo hacen y no creo que sientan que es necesario. Sí, ellos creen que oírlo es lo que deben hacer y eso está bien, pero no creo que ellos sientan como un desafío, como una obligación o como algo necesario de que en la fundamentación del fallo vaya incorporada de una manera jurídica transformar lo psicosocial a lo jurídico y manifestarlo en el fallo.”

Consejero técnico 2

c. Baja valoración de la argumentación biopsicosocial por parte de los jueces de familia

Uno de los consejeros técnicos percibe que los jueces no dimensionan la relevancia y rigor técnico del análisis biopsicosocial, por lo que lo descuidan en la argumentación de la sentencia. En consecuencia, los argumentos jurídicos de las sentencias de los procesos judiciales sobre medidas de protección carecen del correlato biopsicosocial del NNA que los sustentaría, invisibilizando la consideración de su perspectiva en la decisión.

“(…) les falta valorar la opinión psicosocial, porque el juez no puede pretender que desde lo jurídico va a resolver una situación que es biopsicosocial y jurídica, a ellos les cuesta hacer ese ejercicio porque se sienten con una responsabilidad enorme, yo los entiendo, se sienten que tienen una responsabilidad enorme, que deben hacer las cosas bien, que no pueden equivocarse o tratar de equivocarse lo mínimo, pero en el fondo yo creo que ahí se les ha dificultado mucho este ejercicio.”

Consejero técnico 2

d. Falta de especialización de los jueces de familia en argumentación biopsicosocial-jurídica

Todos los profesionales entrevistados señalan como problema relevante la falta de especialización y capacitación de los jueces de familia en argumentación biopsicosocial-jurídica para incorporar la perspectiva del NNA en la fundamentación de la sentencia. Indican que esto permitiría transformar la opinión del NNA en un relato biopsicosocial que considere su opinión en el razonamiento de la decisión. El diagnóstico señalado es alertado especialmente por las consejerías técnicas, que poseen formación técnica en la materia.

“Por otra parte, los jueces al no tener la expertiz de cómo incorporar el resultado de la entrevista en las resoluciones o en la sentencia, también se invisibiliza, porque costó mucho que los jueces dijeran “cómo voy a decir lo que el niño me dijo”, no, no se trata de que tú reproduzcas lo que el niño te dice, tú tienes que transparentarlo, tú tienes que hacer conclusiones de eso para las partes, no tienes que entregar el audio, pero tienes que decir “mira, como un tercero observador, el niño tiene derecho que yo incorpore sus sentimientos, sus deseos y pensamientos, por lo tanto, voy a hacer unas conclusiones generales: se puede observar que el niño se presenta en forma voluntaria, el niño mantiene un diálogo fluido, se logra generar confianza con él, no hay contradicciones en su discurso, tiene un vínculo positivo con el padre y la familia paterna”, uno lo puede decir.”

Jueza 3

“Sí, yo creo que también en eso estamos un poco como atrapados porque es como estás metido en un zapato chino, porque el juez se tiene que hacer cargo de la opinión del niño, lo tiene que considerar, tiene que tomar en cuenta, pero no tiene que decir lo que dijo el niño, entonces ahí es “¿cómo lo hago?”. Yo creo que también puede ser por eso que lo nombra poco, porque no puedo decir mucho, entonces como que lo pongo ahí, que a mí también me pasa, pero yo siento que yo puedo tener un poco más de elementos, porque yo puedo dar cuenta, por decirlo de alguna forma, del ojo clínico que uno tenga, como que yo me refiero a eso, “yo vi esto”, entonces yo hablo desde mi opinión, de lo que yo pude ver al niño y el análisis que yo hago de eso sin entrar en el relato, pero como que el juez se queda como “¿cómo lo pongo en la sentencia sin decir que el niño me dijo que quería quedarse con la mamá o papá?”

“yo creo que ese es un ejercicio que igual les cuesta hacer porque es como biopsicosocial jurídico, y esa reconversión al verbalizarla yo creo que no lo logran. No es porque no quieran, sino porque dentro de sus habilidades, capacidades de formación no están incorporadas, no saben.

(...) no logran hacer la transformación como al lenguaje, no la pueden incorporar, y ese es trabajo de ellos porque uno ya dio la opinión y ese es trabajo de ellos (...)

Consejera técnica 3

Los profesionales entrevistados señalaron que la causa central de la falta de especialización de los jueces sería las deficiencias en el sistema de especialización y capacitación de la Academia Judicial. Por un lado, indican que existe baja oferta de formación en Derecho de Niñez y Adolescencia -diferenciándolo del Derecho de Familia- y, por otro, el desincentivo que importa el carácter voluntario de los cursos de perfeccionamiento que ofrece la Academia Judicial.

“Yo creo que ahí la Academia Judicial está súper al debe de introducir más cursos de formación en temas de infancia, confunde familia con infancia, no es lo mismo.”

Curadora ad litem 3

“**Entrevistadora:** ¿Esos cursos son de perfeccionamiento [de la Academia Judicial] para personas que ya son jueces o juezas?”

Jueza: Sí, tal cual, no es de formación, sino de perfeccionamiento.

Entrevistadora: ¿Y eso lo toman a voluntad?, o sea ¿pueden meterse a ese o a otro que deseen?”

Jueza: Así es, tú eliges, es voluntario.”

Jueza 3

Cabe destacar la falta de especialización agravada que se observó respecto a los Tribunales de Letras de Competencia Común, también llamados mixtos¹³. Su conocimiento de disciplinas jurídicas múltiples dificulta la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia. Por un lado, al estar integrados por varios jueces, se produce un sistema de rotación para el conocimiento de las causas que desincentiva la especialización, y, a su vez, dificulta la consolidación de la dupla de trabajo con el consejero técnico. Por otro lado, en la cultura jurídica judicial los tribunales mixtos se consideran juzgados de paso, siendo utilizados algunos jueces incluso para suplir reemplazos en otros tribunales.

“Sí, exacto, los jueces de los tribunales comunes de letras no son especialistas en familia. Entonces tú de repente en los tribunales especializados los jueces se van formando, entonces hacen un postítulo en familia o hacen otra cosa porque saben que se van a dedicar a eso y que les gusta, en cambio el tribunal de nosotros para jueces es un tribunal de paso además, entonces duran 3 años o 4 años.”

“**Entrevistadora:** ¿Rotan mucho los jueces en general?”

Consejera técnica: Harto o de repente falta un juez en un tribunal más grande y nos sacan a un juez acá y no llega un suplente y siempre el suplente llega a familia porque el juez titular siempre tiene que estar en garantía. Por ejemplo, ahora estamos con un suplente porque uno de los jueces está con vacaciones, entonces ahora vamos a estar 2 semanas con suplente.

Consejera técnica 3

e. Sobrecarga laboral de los Tribunales de Familia

Los profesionales indicaron que la sobrecarga laboral de los Tribunales de Familia reduce el tiempo que tienen los jueces para redactar las sentencias, lo cual impacta

¹³ Los Tribunales de Letras de Competencia Común o Mixtos son aquellos tribunales que conocen tanto de asuntos civiles como de familia, en primera instancia, ubicándose en territorios de menor población.

de manera negativa en la calidad de su fundamentación y, por tanto, de la consideración de la opinión del NNA en aquella.

“Lo que pasa es que hay de todo, porque yo soy un poco exigente, entonces, yo, por ejemplo, me gusta que las resoluciones queden bien y me gusta fundamentar mucho, pero yo reconozco que no todos mis colegas son iguales y a veces el tiempo los pilla.

(...) por eso quizás mucha gente no lo hace, porque demora y da “lata”, porque no tenemos tiempo y eso afecta nuestra calidad en la resolución, porque creo que todos somos súper comprometidos, pero en realidad, imagínate, tener 8 audiencias diarias que terminan a veces a las 3-4 de la tarde, ¿en qué minuto te pones a hacerlo?, además tienes que sumar todo el despacho, tienes que preparar la audiencia del día siguiente.”

Jueza 2

“(…) es difícil hacerlo siento yo con los jueces probablemente porque están con mucho trabajo, con mucha carga, entonces como que tú les puedes transmitir ciertas cosas en el mismo hacer, como el quehacer, que van aprendiendo términos psicológicos, yo en las mismas audiencias (…).”

Consejera técnica 3

“Se intenta hacer el trabajo lo más consciente posible, pero es una alta exigencia, es una carga de trabajo bien importante porque la agenda hoy en día tiene más o menos 7 causas programadas diariamente con bloques como de 45 minutos, pero son causas que tienen mucho trámite. Como te digo, todas vienen con informe, en su mayoría tienen causas asociadas y todo eso tú tienes que haberlo visto al menos para saber qué es lo que tú puedes proponer de manera como acertada y que no sea un riesgo para ese niño y ahí yo creo aquí estamos siempre contra el tiempo y yo en general trato de ser bien acuciosa, pero yo no te podría dar una certeza de que siempre tengo la claridad de todo lo antecedentes, o sea demás que algo se me puede ir en este sentido y sí yo encuentro que es una gran responsabilidad sobre todo porque la gente no siempre entiende lo que se está haciendo y entonces nada te garantiza que realmente la gente vaya a tener un cambio o vaya a superarse la situación de vulneración.”

Consejera técnica 1

“En segundo lugar, hay una sobrecarga que es súper importante, es cierto para los Tribunales de Familia. Y cualquier sobrecarga en cualquier Tribunal termina matando la calidad en los fallos (…).

(...) porque hay jueces que se la juegan, le meten cabeza, laboran, pero finalmente la mayoría es como una máquina de hacer salchichas no más las sentencias.”

Curadora ad litem 3

A esto, se agrega la urgencia intrínseca de los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, en que la decisión debe ser argumentada y dictada rápida y verbalmente en la audiencia respectiva.

“(…) yo creo que sobre todo tiempo, tiempo es un problema porque tenemos poco tiempo para fallar, son causas que en general son urgentes, estamos hablando de causas en general que uno va a decretar una medida muy invasiva entonces son causas que hay que resolver rápido y a veces ahí el tiempo aprieta un poco y yo diría que en general que eso es como lo que más afecta.”

Juez 1

“Entrevistadora: Eso, ¿estará forzado por la urgencia de la medida?

Jueza: Sí, es un procedimiento especial en que tienes que citar audiencia dentro del quinto día, es un procedimiento especial, expedito, rápido, urgente.”

Jueza 3

A su vez, la sobrecarga imposibilita instancias de retroalimentación mutua entre jueces y consejeros técnicos, donde estos últimos podrían entregar a los jueces herramientas para una óptima consideración de la perspectiva del NNA en la sentencia.

“(…) es difícil hacerlo siento yo con los jueces probablemente porque están con mucho trabajo, (…) pero que tú digas “ya, hoy día nos vamos a juntar para ver el derecho a ser oído”, no, y yo voy a los cursos y de repente yo llego como motivada diciendo que esto se puede hacer y me dicen “sí, qué interesante” y ahí quedo.”

Consejera técnica 3

f. Sistema de rotación de jueces en los Tribunales de Familia

En general, cada Tribunal de Familia cuenta con una pluralidad de jueces, por lo que, entre ellos opera aplica el sistema de rotación para el conocimiento de las causas hasta antes de la audiencia de juicio, tras la cual aplica el principio de radicación del artículo 66 bis de la LTF ya referido anteriormente. En otras palabras, esto quiere decir que, previo a la audiencia de juicio, las audiencias judiciales de los procedimientos de familia (como audiencias de medidas cautelares, audiencias preparatorias, entre otras) son presididas por diversos jueces/zas del Tribunal de Familia correspondiente; pero, una vez realizada la audiencia de juicio con un/a juez/a, la dictación de la sentencia se radica en él o ella.

La circunstancia de que en la fase preparatoria de los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección intervengan distintos jueces es considerado por los profesionales entrevistados como un problema para la fundamentación óptima de la sentencia, en general. Frente al carácter concentrado y urgente de este procedimiento especial, la rotación de jueces en la fase preparatoria fragmenta aún más el conocimiento de los antecedentes y las pruebas, que deben ser luego descritas, analizadas y relacionadas en una sentencia verbal inmediata dictada por un/a juez/a que, además, puede no ser quien escuchó al NNA en la audiencia reservada si esta se celebró con anterioridad a la audiencia de juicio.

“(…) son muchos los jueces que intervienen en una causa, pocas veces las causas están radicadas en un puro juez.

(...)

Entonces, en general el juez que provee el requerimiento de protección o la demanda es distinto del juez que toma la audiencia de preparatoria, es distinto del juez que 2 meses después resuelve una solicitud cautelar de prohibición de acercamiento, es distinto al juez que toma la sentencia.”

Curadora ad litem 2

En este sentido, algunos entrevistados afirman que la rotación de los jueces no garantiza que el juez que dicta la sentencia sea aquel que escuchó directamente la opinión del NNA para considerarla posteriormente en la decisión del caso e integrarla en la fundamentación de la sentencia. Esto, porque, al no ser la audiencia reservada del NNA un elemento probatorio, si aquella se lleva a cabo antes de la audiencia de juicio queda agregada al expediente judicial con carácter confidencial, sin otorgarse garantías de que el/la juez/a que dictará la sentencia escuchará siquiera la opinión del NNA para considerarla en la fundamentación de la sentencia.

“(…) eso es parte como de la esencia de los procedimientos orales, que tienen que ser por tribunales distintos, juicios distintos, el que toma la preparatoria tiene que necesariamente ser distinto del que toma la decisión final sobre el que conoce esos antecedentes, etc., en penal es igual, en laboral, pero esta dispersión tampoco ayuda a que el juez conozca necesariamente la opinión del niño para después colocarla en la fundamentación de la sentencia.”

Curadora ad litem 2

g. Baja interposición de recursos contra las sentencias que no consideran la opinión del NNA en su fundamentación

La baja cantidad de recursos interpuestos contra las sentencias de los procesos judiciales sobre medidas de protección reduce el control y la escasa revisión de su calidad por parte de las Cortes de Justicia desincentiva la mejora por parte de los jueces en la fundamentación de las sentencias, entorpeciendo la consideración de la perspectiva del NNA en aquellas.

“(…) también tiene que ver con nadie te exige eso, es muy barato no fundamentar porque nadie te lo apela, nadie me apela, para qué lo voy a hacer, yo diría que un sistema de incentivo que está puesto para no hacerlo, al contrario, hacerlo rapidito que lo haga este funcionario menor y listo estamos.”

Curador ad litem 1

“**Curadora ad litem:** (...) Cuando un juez, su sentencia va a ser apelada, le pone mayor énfasis en una mejor calidad de sentencia.

Entrevistadora: Hay incentivo.

Curadora ad litem: Claro. Les tienen pánico a los recursos de queja, casación, se mueren. Pero en protección eso es muy difícil que pase. Entonces son sentencias que nadie va a mirar, tampoco tienen el incentivo de hacerlo mejor.”

Curadora ad litem 3

Se reitera, como una de las causas de este problema en particular, la vulnerabilidad socioeconómica de los NNA y las partes que intervienen en los procesos judiciales sobre medidas de protección, ya que no tienen la capacidad de acceder a un servicio de representación judicial que sea diligente e interponga los recursos correspondientes contra las sentencias que no consideran la opinión del NNA en su fundamentación.

“Hay un tema de pobreza. En general, las causas de protección corresponden más a niños, niñas y adolescentes de niveles socioeconómicos bajos, eso implica que los abogados que van a estar debatiendo son de la Corporación de Asistencia Judicial o de Clínicas de Escuela, entonces, en el fondo, el pino que le ponen a eso es mínimo. Las causas de protección en general no hay recursos de apelación, hay, pero mínimos. Y cuando hay es cuando hay buenos abogados y estamos hablando de niños de clase social alta o media alta, los cuales sus padres tienen recursos para pagar abogados. Entonces hay un tema de acceso a la justicia que es importante tener claro.”

Curadora ad litem 3

h. Pronunciamento verbal y formato acta de la sentencia

Algunos profesionales previeron que las sentencias de los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección son las únicas que la ley obliga dictar verbalmente en la audiencia correspondiente, dada la necesidad urgente de la decisión, por lo que, en la mayoría de los casos, la sentencia pronunciada es un acta de transcripción confeccionada por el funcionario a cargo.

“(…) se ordena que debe ser dictada en audiencia de juicio, es la única en todas las materias de los tribunales de familia; la violencia intrafamiliar dentro del quinto día, las materias contenciosas dentro del quinto día y se puede prorrogar por 5 días más, pero es la única materia que ordena que se dicte sentencia inmediata en audiencia.”

Jueza 3

Advierten que la modalidad verbal, inmediata y resumida de la sentencia, que se materializa en un acta redactada por un funcionario distinto al juez, impide que los jueces puedan fundar debidamente la decisión y que aquello plasmado íntegramente en el acta, constituyendo un entorpecimiento para la construcción de argumentos jurídicos y biopsicosociales que consideren óptimamente la perspectiva del NNA.

“Del efectuar una audiencia de juicio compleja y del dictar sentencia en la misma audiencia no va a salir nada, ninguna sentencia de calidad saldrá de ahí. O sea, tienes que improvisar, tienes que en el momento

buscar razonamiento que ya tienes a lo mejor medio aprendido, modificarlo a la prueba que acaba de ver, que acabas de escuchar o de leer (...)"

Jueza 3

"No, lo que pasa es que generalmente el juez dicta sentencia en audio en la misma audiencia, entonces ahí el acta transcribe lo que más digamos puede, pero es un resumen y eso queda como sentencia (...)"

Consejera técnica 3

"(...) lo que hoy día tenemos no son sentencias judiciales, resoluciones judiciales, sino un acta de la internación. Eso significa que el juez no dicta una sentencia, que es lo que pasa en todos los tribunales de la república, dictar sentencia, es decir, visto empieza 1, 2, 3 no tenemos sistema nosotros. Las internaciones no son producto de una resolución judicial, la internación es lo que tenemos, hay una resolución que se dictó en audiencias y verbalmente, pero lo que había escrito es el acta de esa audiencia que es un resumen efectuado muy rápidamente, a veces mientras está ocurriendo la audiencia, por una persona sin ninguna formación jurídica en general que es el encargado del acta, que lo único que quiere es irse lo más rápido posible y está muy bien que quiera eso. Eso significa, y esto yo lo dije el año antepasado en un seminario nacional con jueces, la academia judicial me encargó el taller sobre la medida de protección y les planteé, les hice un ejercicio, les puse audiencia, acta de audiencia, incluso les cambié varios nombres y la tipografía y todo, aún no estaba el juez que había dictado esa sentencia de internación porque mi taller fue decisión de internación, le conté a un grupo y les planteé primero legibilidad, ni siquiera jurídico, se entiende esto o no se entiende, el 80% dijo que no se entendía, no es que jurídicamente, no, es que cualquier persona en la cosa más básica no se entendía el acta, porque, te repito, el acta se escribe rápido, con suerte tiene cuarto medio, hay algunos que han estudiado otra cosa, o sea, no tienen ninguna habilidad de producir ese tipo de documento escrito, no ha sido formado, escriben mal y el niño quedó internado, todo un grupo familiar se fue internado así. Luego les preguntaba si entienden los fundamentos de hecho y de derecho y luego si esos estaban bien contruidos. (...)"

(...) yo sé que para ustedes que han hecho eso, ustedes no se dan cuenta que lo que después queda solamente es el acta de internación, que es lo que llega a la residencia, que es lo que vamos a revisar en la revisión de internación y que es lo que queda en el sistema, que nadie luego va a escuchar el audio, ¿no le parece?"

Yo acabo de revisar un conjunto de sentencia de todo el país y no tenía sentencias (...)"

Curador ad litem 1

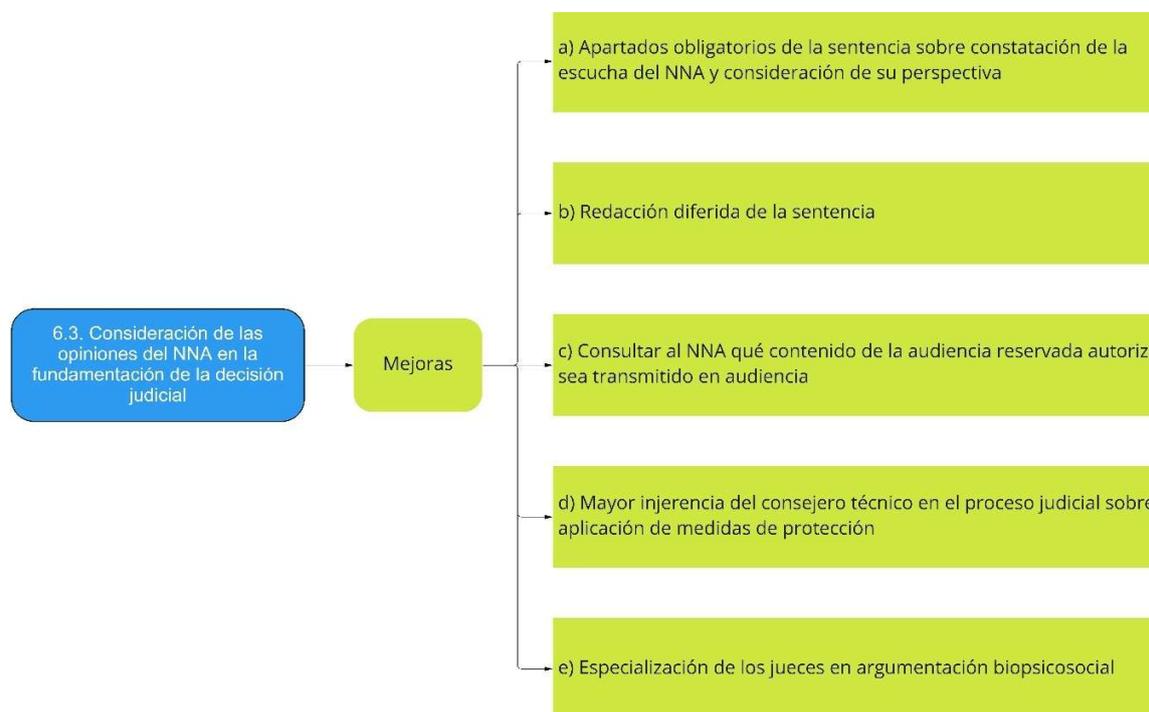
6.3.3. Mejoras para una mayor consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial

Los profesionales entrevistados identificaron un conjunto de aspectos, factores y prácticas realizadas por algunos o que proponen ejecutar que tienen por objetivo que los jueces logren considerar de mejor manera la opinión de los NNA en la fundamentación de la sentencia que dictan.

Dado que considerar la opinión de los NNA en la fundamentación de la sentencia es una labor de los jueces, fueron estos los profesionales que mencionaron la mayor cantidad de mecanismos y factores que, en la práctica, les han permitido optimizar la consideración de los NNA en la decisión; seguidos, en segundo lugar, por los consejeros técnicos. Por su parte, los curadores ad litem solo constataron mejoras procesales que han propendido a una adecuada consideración de la opinión de los NNA en la fundamentación de la sentencia.

Estas mejoras se sintetizan en el siguiente diagrama:

Resultado 9: Mejoras para una mayor consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial



Fuente: Elaboración propia

a. *Apartados obligatorios de la sentencia sobre constatación de la escucha del NNA y consideración de su perspectiva*

Los jueces entrevistados señalaron que siempre se debe incorporar en la estructura de las sentencias dos apartados esenciales. El primero, que dé cuenta de la modalidad en que el NNA fue oído (directamente en audiencia reservada o indirectamente mediante su curador ad litem) y las razones de ello; y, el segundo, que incorpore las conclusiones generales y los antecedentes biopsicosociales necesarios que se concluyen tras la escucha del NNA. Esto permite a los jueces integrar la opinión del NNA en el razonamiento de la sentencia y fundar adecuadamente la decisión.

“Pero sí plasmo en la sentencia que efectivamente el niño fue escuchado y tiendo a exponer lo que yo pude observar de esa entrevista, sin indicar el contenido de la misma, es decir, ‘es un niño con un desarrollo acorde a su grado de madurez, que se presenta a la hora, en buen estado de aseo, contesta las preguntas de manera clara’, como mi percepción, pero no ‘él me dijo que...’; así como que lo he hecho y cuando llego al fallo por supuesto que lo argumento considerando lo que el niño me dijo y me hago cargo, sobre todo. Especialmente. cuando voy a hacer algo distinto a lo que el niño me pidió.”

Juez 1

“Yo lo tengo como modelo en todas mis resoluciones que siempre pongo, por ejemplo, siempre como en las primeras, considerando, “se hace presente que se cumplió la obligación de escuchar al niño porque se solicitó audiencia reservada, la entrevista Gesell o se cumplió con la obligación de escuchar al niño, pero a través de su curador ad litem porque en este caso particular no se justificaba que viniera tribunal”, siempre lo hago presente como primera cosa, como información para que cualquiera sepa que se escuchó al niño de una u otra forma. Y después yo siempre en la sentencia señalo, sin revelar detalles, señalo que el niño aquí se expresó con cierta madurez, con claridad sobre lo que deseaba o no deseaba, ilustró al tribunal en tal sentido, o sea yo siempre lo incorporo, para mí no es difícil, creo que me aporta muchísimo y en general, como la pregunta que me hiciste antes, tiende a coincidir el interés manifiesto con el interés superior, entonces en el fondo me ayuda en la argumentación.”

Jueza 2

“Cuando yo tomo la decisión, yo expongo el resultado de la entrevista, yo digo que ‘por el Artículo 12, ejerció su derecho a ser oído de la convención de derecho del niño, pero por su derecho a la vida privada en la intimidad, yo no puedo reproducir exactamente lo que él dijo, sin embargo, también tiene derecho por la observación N°12 de la Convención del Comité de Derecho del Niño a que yo incorpore en mis decisiones el resultado de la entrevista y en base a ello yo voy a hacer presente algunas observaciones generales’, y ahí *me tiro*. De ahí le doy la palabra al consejero técnico para que también efectúe las observaciones técnicas de la entrevista y ahí queda como súper redondito.”

“Conclusiones más generales respecto de cómo tú visualizas ese niño, no tienes que decir “es que el niño me dijo que quería mucho al papá”, no, “yo veo que hay un vínculo positivo y que es una figura significativa” y eso costó mucho que se aprendieran esas herramientas y yo creo que todavía estamos al debe, por eso muchas veces algunas resoluciones dicen: “y se escuchó al niño” o “se certifica que el niño fue oído con tal fecha” y nada más, ¿qué pasó? ¿qué no pasó?”

Jueza 3

Uno de los curadores ad litem destacó una sentencia que contenía un apartado especialmente redactado y dirigido al NNA, para que le fuera leído por algún profesional.

“(…) hay incluso sentencias que piden a tales profesionales que bajen esta información de determinada manera, incluso hay una sentencia súper buena hace poco (hace 1 año ya) donde la misma magistrado hizo un resumen: “esto que voy a poner ahora es para que se lo lean a la niña” e hizo un resumen.”

Curador ad litem 2

b. Redacción diferida de la sentencia

Los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección se caracterizan –al igual que todos los procedimientos de familia– por su naturaleza oral. Esto implica que el juez dicta la sentencia en la misma audiencia, de forma verbal, quedando plasmada en el acta correspondiente.

En los casos más complejos sobre aplicación de medidas de protección algunos jueces deciden pronunciar el veredicto verbalmente en audiencia, aplazando la redacción, lectura y notificación del fallo a cinco días, como máximo. Indican que esta práctica les otorga el tiempo necesario para redactar una sentencia fundada, considerando de manera más adecuada la opinión del NNA en la argumentación jurídica de la decisión.

“Por ejemplo, en la audiencia que tuve hoy, yo dije: esta es una audiencia compleja, la decisión es compleja, yo voy a decir lo resolutivo, pero los fundamentos los voy a dejar por escrito y se los voy a comentar por correo electrónico; entonces, por ejemplo, no doy los fundamentos porque en realidad me parece que es irresponsable porque no me da la cabeza, podría darme, pero me sobre exigiría mucho para hacer un análisis jurídico, entonces anuncio eso, le digo lo que resolví, en realidad actualicé tal cosa, pero los fundamentos de esto yo los voy a plasmar en la resolución que va a ir comunicado a ustedes por correo electrónico porque es la forma me parece de darle seriedad a la resolución, no tengo otra forma de hacerlo porque el tiempo no nos da, tendría que hacerlos esperar porque todavía no tenemos ningún sistema computacional que me adivine el pensamiento, entonces yo les digo... y la verdad es que nunca he tenido problema, todos me han entendido, nadie me ha exigido que yo tenga que resolver altiro, porque en realidad entienden que por lo menos mis resoluciones quedan fundamentadas y son fundamentos largos, si yo tuviera que hacerlo en el minuto no podría tener ese nivel de perfección que me gusta a mí, puede que a otro no, salvo en las resoluciones colaborativas que en realidad esas son súper simples que está lo que se conversó en la audiencia y se conversan las cosas, pero cuando son decisiones que no están por resolución colaborativa, yo me doy el tiempo y después las escribo y después se las mando por correo.”

Jueza 2

“**Consejera técnica:** (...) lo que pasa es que generalmente el juez dicta sentencia en audio en la misma audiencia, entonces ahí el acta transcribe lo que más digamos puede, pero es un resumen y eso queda como sentencia y las causas más complejas que el magistrado dice “aquí como que no”, pero eso lo decide él como en su fuero interno o ella en su fuero interno, entonces dice que el veredicto es tanto, que lo tiene que dar en la misma audiencia y se va a proceder a la lectura de sentencia en 5 días más y efectivamente redacta la sentencia y la suben y después hacen el tema de la lectura y la notifica.

Entrevistadora: Y esas sentencias que se redactan con mayor plazo, tú cuando la has podido leer ¿son, de alguna forma, más fundadas crees tú?

Consejera técnica: Sí, son más fundadas porque en general las que son en audio como que el juez da como la resolución y dice “bueno, considerando los antecedentes que existen en esta causa, los testigos, las pruebas y la opinión experta de la consejera técnica se resuelve” y en cambio en las que están redactadas entonces ahí el artículo tanto no sé qué, la norma, la convención, como que hay mucho más fundamento jurídico.”

“Se profundiza un poco más en las sentencias redactadas, como en términos de decir a grandes rasgos qué es lo que dijo el niño, porque cuando lo dan en audio es como “bueno atendida la audiencia reservada” y punto, como que se escuchó el niño y se tuvo en cuenta, pero no se dice qué cosa, en cambio las redactadas sí, ahí el juez por lo menos algún párrafo le pone.”

Consejera técnica 3

“(…) ciertamente que, si la ley permitiera que fuera del quinto día como el resto de las materias, incluso la violencia intrafamiliar nos permite razonar de mejor forma, por su puesto.”

Jueza 3

c. Consultar al NNA qué contenido de la audiencia reservada autoriza sea transmitido en audiencia

Con el objeto de poder argumentar sustantivamente la decisión e integrar lo expresado por el NNA en la audiencia reservada, en aquella instancia, algunos jueces y consejeros técnicos consultan al NNA qué contenido de la audiencia reservada autoriza y desea sea transmitido en la audiencia donde se tomará la decisión del caso. Este mecanismo de consulta tiene la virtud de; primero, considerar la opinión del NNA sobre la publicidad de cierto contenido; segundo, no vulnerar la confidencialidad de la audiencia; y, tercero, permitir integrar la perspectiva del NNA en el proceso judicial para su consideración en la fundamentación de la sentencia.

“Entonces es más bien la respuesta al ejercicio de un derecho y no es un medio de prueba y como el derecho tiene que ser en beneficio del niño con el resguardo protector, lo que yo hago más bien es deslizar aquellos aspectos que el niño me ha autorizado que yo pueda hacer públicos siempre ponderando esa autorización dependiendo de su edad y madurez. Lo explico: si un niño de 4 años, yo asumo que el niño si yo le pregunto “oye, ¿le puedo comentar esto a tus papás?” probablemente me vaya a decir “no cacho”, pero si es un niño más informado, con más edad y, por lo tanto, presumo con más madurez, yo le digo “¿qué de esto, de lo que hemos hablado puedo yo comentarle a los otros porque a veces pueden ellos entender lo que tú planteas diciendo lo otro?, a lo mejor tú lo has tratado de decir y no te han inflado” “yo creo que puede comentar esto” y eso lo comento tanto verbalmente en la audiencia para intentar acuerdos como en el fallo si no hay acuerdos.”

Juez 1

“Yo una vez le decía a un juez, porque hay aspectos que son conocidos por todos y el papá y la mamá sabe y aunque la entrevista sea privada, el papá y la mamá saben perfectamente qué es lo que el niño piensa, entonces una vez un juez me preguntó “pucha, ¿cómo lo hago para poder en el fondo fundamentar de que el niño me dijo tal o cual cosa?”, o sea, yo le decía que en esa parte, me parece que hay ciertos

límites que tienen que ver con la privacidad de la entrevista y cuando yo le digo al niño que esa entrevista es privada y que nadie más va a saber eso, pero que él me podría decir "yo quiero que tú le preguntes al niño qué parte quiere de la entrevista, si él está de acuerdo y autoriza, para que yo lo digas después en el audio". Parte de la fundamentación era que él tenía una percepción del padre y la madre tal vez que iba por tal o cual lado, pero guardando siempre la privacidad.

En el fondo decirle eso y me ha pasado que me dicen "pregúntale si puedo decir algo de tal cosa", que en el fondo no es nada que lo vaya a vulnerar ni complicar, entonces le pregunto "oye, Juanito, mira, la juez me está hablando por acá y me insiste en que te pregunte si tú estarías de acuerdo en que ella cuando vaya a resolver mencione lo que tú estás señalando ahora en este aspecto" y me dice "sí, si ella sabe" o "no, no quiero que sepa".

Consejero técnico 2

d. Mayor injerencia del consejero técnico en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección

Los consejeros técnicos destacan sus capacidades laborales para percibir y traducir lo observado e interactuado con el NNA en la audiencia reservada y, así, luego transmitir ese análisis biopsicosocial al juez, explicándoselo eventualmente a las partes del juicio en un lenguaje más sencillo.

“Entrevistadora: Entonces entiendo que tú también enfrentas el desafío de cuando argumentas tu consejo, incluir la perspectiva del niño, ¿cómo tú ahí sientes que lo has podido manejar eso, si lo has logrado?

Consejero técnico: Sí, lo que pasa es que es también como un aspecto como bien técnico. Yo siento que, en el fondo, yo lo lograría relevar en mi opinión, por ejemplo, de acuerdo al discurso del niño yo logro interpretar en definitiva si hay habilidades descendidas, si la calidad el vínculo es defectuosa, si en definitiva existe alguna persona que está a cargo del niño que no necesariamente implica un principal referente de importancia significación afectiva; y eso, que es técnico, yo a veces lo bajo a casi una opinión con términos bastante coloquiales para que la gente entienda, porque a una señora de 60 años que ha vivido toda la vida en el campo criando patos, tú le hablas de habilidades, de referente afectivo, no va a entender nada, entonces yo hago esa opinión que es técnica -porque debe ser técnica porque eventualmente puede ir a la corte- la hago de esa manera con lenguaje técnico y digo “y explicándolo en términos más entendibles (porque entiendo que a veces las partes no tienen muchas veces los elementos para poder entender mi opinión técnica)”, lo señalo también en términos simples.

“Entrevistadora: ¿logras poder plasmar [la perspectiva del NNA] de cierta forma que no interfiera con su reserva?

Consejero técnico: Sí, porque son tantos años ya que, en realidad en el fondo la interpretación como de lo técnico y profesional puede deformarse como más fácil por la formación que uno tiene también profesional. No es tan complicado y a ese elemento hay que sacarle el jugo, porque yo tengo como dicen los cabros “tengo calle”, tengo preparación, tengo profesión para esos elementos psicosociales que me permiten hacer esa reconversión como más fácil, sin violar el principio fundamental que es la privacidad y, de pronto, a veces, incluso me ha servido para sacar acuerdos después de que está la cuestión pero mal en la audiencia y el juez va a dictar fallo, a veces se ponen a pelear y yo digo “claro, de pronto esta es una oportunidad también como para hacerle ver a las partes que, en definitiva, si están en el tribunal, la situación no es tan sencilla ni simple como ellos la ven”.

Consejero técnico 2

Ahora bien, la posibilidad de aprovechar las capacidades técnicas de los consejeros técnicos para lograr una óptima consideración de la opinión del NNA en la sentencia,

depende directamente del grado de injerencia que le otorgue el juez al consejero técnico en el proceso judicial. En este sentido, una de las juezas entrevistadas señaló que en las audiencias reservadas a su cargo ella adoptó el rol de directora de la instancia como tercera observadora, siendo la consejera técnica la entrevistadora principal que dialoga con el NNA, con el objeto de dejar entregada la audiencia a su expertiz biopsicosocial.

“Entonces hoy día se me hace mucho más fácil porque ya entiendo que mi rol es dirigir la audiencia, no soy entrevistadora, pero soy un tercer observador y en ese rol como un tercer observador no formo parte de la entrevista, entonces no soy juez y parte porque antes era “yo pregunto y yo tomo la decisión”, entonces claro, mis preguntas van a ir encaminadas a lo que yo quiero decidir, es obvio; en cambio ahora soy un tercer observador y en ese rol y teniendo en consideración que el niño tiene derecho de que yo incorpore lo que él piensa, siente, desea, etc. Yo hago observaciones como te comenté, ya sé más o menos lo que digo, que si es voluntario, que el vínculo que se genera, el rango etario, la madurez para el rango etario, me fijo en esa madurez porque si es que tiene madurez o no, si se contradijo o si el relato fue muy coherente, si expresó sentimientos negativos, positivos, si tiene adultos significativos y por qué yo siento que ese adulto es más significativo que este otro, si él es feliz, porque hay que incorporar la felicidad también porque no es solamente porque come, duerme y va al colegio, o sea, es un ser que tiene sentimientos de felicidad, tristeza, su lenguaje no verbal, ya más o menos sé digamos, un razonamiento tipo y como que lo tengo en la mente y sé en qué me tengo que fijar y ahí voy en el momento diciendo bueno “Luis es..., yo observo de esta forma, de esta otra forma...”, no sé si es la regla general, pero yo ya como tengo formación y harta práctica, más o menos he aprendido cómo incorporarlo, cuesta mucho, pero más o menos creo que he aprendido a incorporar la opinión.”

Jueza 3

e. Especialización de los jueces en argumentación biopsicosocial

Todos los profesionales sugieren medidas para mejorar el conocimiento biopsicosocial de los jueces, de tal forma que puedan traspasar el relato biopsicosocial del NNA y su perspectiva a la argumentación jurídica de la sentencia. Entre los mecanismos para lograr aquello destaca el potencial de los cursos de perfeccionamiento que ofrece la Academia Judicial. Previenen que esta especialización debe ser enmarcado en el Derecho de la Niñez y la Adolescencia, distinguiéndose de la lógica tradicional del Derecho de Familia que se enseña actualmente.

“Yo siento que si no lo logran no es porque no quieren, es porque no saben hacerlo, nunca se lo han planteado como desafío. Yo creo que ahí también el Poder Judicial podría incorporar de alguna manera los cursos de perfeccionamiento que hacen para los jueces, este tema de cómo incorporar o cómo transformar el discurso biopsicosocial o la prueba biopsicosocial en un discurso jurídico que fundamente el fallo, porque es súper importante en una medida de protección, es lo central y no lo hacen.”

Consejero técnico 2

“para lograr una mejor consideración de la opinión del niño en la sentencia se requiere profesionales y jueces especializados y hoy en día en Chile no tenemos jueces especializados. Eso significa tener formación en derechos de infancia.”

Curadora ad litem 3

Una de las juezas afirma la importancia que tuvo la especialización en entrevistas a NNA y en enfoque biopsicosocial para mejorar la forma en que consideraba la opinión del NNA en la determinación de la decisión y la fundamentación de la sentencia. Indica que la formación le permitió desarrollar capacidades técnicas del área para observar, analizar y traspasar la argumentación biopsicosocial a la fundamentación de la sentencia.

“He hecho hartos cursos, he hecho cursos [señala cursos en distintas instituciones y países], a hablar con jueces; fui a [nombre de un país], estuve una semana haciendo un curso también de la [nombre de institución]; he estado en [nombre de un país] conociendo las declaraciones de los niños; he estado en [nombre de un país], estuve en la escuela judicial de [nombre de una ciudad], entonces conocí las entrevistas en los tribunales en ahí; hice una pasantía en [nombre de una ciudad] respecto también de la entrevista, entonces a parte de tomar cursos de conocimiento, conozco muchos tribunales donde se han entrevistado niños.”

“(…) nosotras pedimos en la Academia Judicial (…) un curso de entrevista y lo hicimos las dos, con la [nombre de una psicóloga] por varios años de profesoras y ahora siguió y es una vez al año, son 3 días, pero logramos insertar un curso solo de entrevistas en cámara Gesell, eso fue un tremendo logro, ahora ya no lo hago yo (…), pero sigue como curso de perfeccionamiento en la Academia Judicial, es lo único que habría desde el Poder Judicial.”

Jueza 3

También en busca de la capacitación de los jueces para una adecuada argumentación biopsicosocial en la sentencia, sugieren la creación de instancias laborales de retroalimentación entre estos y los consejeros técnicos.

Entrevistadora: Desde tu labor como consejera ¿crees que podrías aportar de alguna forma en ese trabajo con el juez para que él pudiera involucrar más esa consideración en el fallo?

Consejera técnica: Sí.

Entrevistadora: ¿Se te ocurren algunas formas?

Consejera técnica: Como consejera técnica yo creo que, a lo mejor, quizás, se podría realizar con el juez algunas reuniones en torno al tema, o sea, yo siento que en la medida en que podamos ir conversando de esto se pueden ir sacando ideas, así como cuando tú vas generando conocimientos o formas en conjunto, entonces eso a lo mejor se podría hacer: “ya, sentémonos a conversar, ¿cómo se le ocurre a usted?” “se me ocurre esto, esto otro”, como una lluvia de ideas e ir viendo, “esto se puede hacer”. porque a lo mejor yo le puedo decir “magistrado podría ser así” y él me dice “no, porque se topa con esta norma, no se puede”, entonces como que tú lo vas acotando.

Entrevistadora: Un trabajo más colaborativo en esta instancia más especial.

Consejera técnica: Claro y ahí como que tendría que ser como para eso, “hagamos una reunión técnica en torno a este tema y que veamos cómo hacerlo”, a lo mejor estudiar otros tribunales cómo lo han hecho, sentencias que a lo mejor algo lo han resuelto en otros países, ver cómo se ha hecho.”

Consejera técnica 3

6.4. Presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial

Tal como se mencionó al inicio de este capítulo, una de las condiciones para el involucramiento efectivo del NNA en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección, como elemento de la participación significativa, es la presencia del NNA, directa o indirecta (representada), en la audiencia en que se toma la decisión del caso.

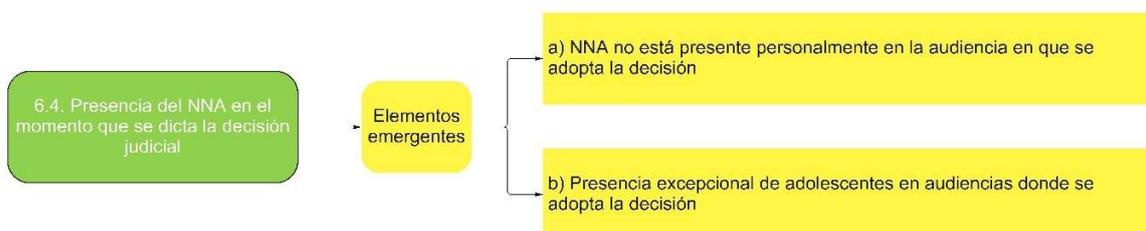
En el presente apartado se exponen las percepciones y opiniones de los entrevistados sobre la presencia del NNA en este momento crucial del proceso judicial protectoral, abordando ciertos aspectos generales, problemas y mejoras.

6.4.1. Elementos emergentes respecto a la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial

Del análisis de las entrevistas realizadas fue posible extraer elementos que caracterizan el requisito de la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión protectoral.

El siguiente diagrama sintetiza los elementos emergentes constatados, que se desarrollarán a continuación:

Resultado 10: Elementos emergentes respecto a la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial



Fuente: Elaboración propia

a. NNA no está presente personalmente en la audiencia en que se adopta la decisión

Por regla general, los NNA no se encuentran presentes en las audiencias en que se decreta la decisión del caso.

“Sí, así es, no está presente el niño en las audiencias.”

Consejera técnica 3

“**Entrevistadora:** ¿el niño o la niña está presente dentro de ese momento o no?”

Consejero técnico: No, nunca.

Entrevistadora: ¿Y su curador?”

Consejero técnico: Sí, siempre.”

Consejero técnico 2

“**Curadora técnica:** En la audiencia de juicio está el juez, el consejero técnico, las partes con sus abogados y el curador ad litem.

Entrevistadora: ¿Nunca el niño, en ningún caso, directamente?”

Curadora técnica: No, en lo general.”

Curadora ad litem 3

Quienes asisten a la audiencia en que el tribunal pronuncia la decisión son: el juez, el consejero técnico, las partes con sus abogados, los profesionales de programas de intervención, si corresponde, y el curador ad litem en representación del NNA.

“**Jueza:** (...) por regla general quien está presente son requirente, requerido que pueden ser progenitores, el curador ad litem, durante la causa si se han derivado a algún programa siempre citamos a los profesionales de los programas, de PRM o PPF para que también incorporen los avances antes de tomar una decisión, o hemos pedido informes de la OPD que han tenido un seguimiento del caso que también los escuchamos, o sea la familia, curador ad litem y profesionales.

Entrevistadora: Y los técnicos, perfecto.

Jueza: Y los consejeros técnicos y el juez.”

Jueza 3

Por su parte, los exusuarios entrevistados manifestaron no recordar una experiencia positiva, clara, ni una modalidad única sobre la forma en que tomaron conocimiento de las medidas de protección decretadas respecto a su persona.

Señalaron haberse enterado de la decisión derechamente por hechos concretos que la ejecutaban o a través de funcionarios o trabajadores de los lugares donde se

encontraban en el momento en que se adoptó la decisión, sin haberse implementado medidas especiales para promover su presencia en la instancia decisoria o, por lo menos, llevar a cabo una comunicación adecuada de la decisión.

“Nunca supe antes de la decisión, solo me daba cuenta cuando la estaban ejecutando. Después del [indica una residencia] fue casi lo mismo, fui escoltado por carabineros y llevado al [indica otra residencia] (...).”

Exusuario 3

“**Entrevistadora:** Entiendo, y luego ¿en algún momento te llevaron al tribunal a contarte la decisión, ya no a la OPD, pero quizás ante un juez o a algún abogado del tribunal?, ¿recuerdas algo?”

Exusuario: No, o sea, recuerdo bien todas las veces que fui, pero en ninguna recuerdo que haya hablado con alguien más que fuera la asistente social y en la oficina de la OPD, y nunca me informaron ninguna decisión.”

Exusuario 4

Solo la exusuaria que contó con curador ad litem desde sus 15 años fue informada de las decisiones por el equipo psicosocial que tenía a su disposición, expresando una opinión positiva al respecto y sintiéndose más incluida en el proceso judicial.

“**Entrevistadora:** Y ¿ahí te comunicó [indica el nombre del curador ad litem] la decisión, fue él?”

Exusuaria: Sí, él vino para acá.

Entrevistadora: Fue presencial.

Exusuaria: Vino para acá con la trabajadora social y la psicóloga y todos estaban ahí conmigo, me sentí muy presente e integrada en mi juicio con la información que me daban ellos.”

Exusuaria 2

b. Presencia excepcional de adolescentes en audiencias donde se adopta la decisión

Si bien los NNA no están presentes en la mayoría de las audiencias decisorias, varios de los profesionales entrevistados relataron haber presenciado audiencias en que excepcionalmente los jueces admitieron la presencia de adolescentes.

“Fue así con adolescentes. Hemos de repente hecho como que yo le digo al magistrado, por ejemplo, en la audiencia de juicio partimos con la audiencia reservada del adolescente, nos entrevistamos con él y todo y yo a veces le digo al magistrado antes que entre: ‘Magistrado ¿y si el adolescente se quiere quedar para la audiencia de juicio lo dejamos?’, y él dice ‘sí, en realidad tiene razón’, entonces hacemos la audiencia reservada y le decimos ‘mira, después de esto va a venir la audiencia de juicio, va a pasar esto y esto, tienes la opción de quedarte si tú quieres, ¿te quieres quedar?’, y me acuerdo que unas 5 veces o 6 veces el adolescente me ha dicho ‘sí, me quiero quedar’ y se queda.”

Consejera técnica 3

“Sí, me ha tocado ver, por ejemplo, que el adulto va con el adolescente al tribunal y es un adolescente, no sé, mayor de 16 años, y el juez hace la audiencia con el adolescente y el adulto presente y el criterio para ello, el juez dice: ‘bueno, este es un adolescente grande, ya sabe bien de qué se trata todo esto y no es problema en que se encuentre presente’, así que lo hacen pasar, pero más que nada desde esa perspectiva, no como algo preestablecido, programado, sino que como algo que se dan en el momento. Y otras veces también, como dices tú, a veces ellos piden ser oídos, piden que quieren dar su opinión y, en ese caso, el juez le da el espacio también. Pero son casos muy puntuales, no algo general.”

[Consejera técnica 1](#)

“(…) hay muchos, sobre todo adolescentes que piden estar durante la audiencia y hay muchos jueces que los hacen pasar (…)”

[Jueza 3](#)

“Pero a mí, ha habido adolescentes que me han pedido estar y los jueces les han permitido que estén, entre 15 y 17 años. Sobre todo, en cuestiones de violencia del padre hacia el hijo, otro caso de una mamá bien curiosa con vulneración siquiátrica. Siempre ha sido a petición de los adolescentes.”

[Curadora ad litem 3](#)

“Sucede, me pasó una vez y fue hermoso, revolucionario. Yo estaba con un niño de 12-13 años y el juez dijo que si el niño quiere entrar que participe de la audiencia y estuvo en la audiencia todo el rato conmigo. El juez no hizo una audiencia reservada, hizo la audiencia, una audiencia de revisión de medidas donde quiso escucharlo a él, donde explicó, donde le preguntó a los profesionales, a mí, etc., y tomó una decisión.”

[Curador ad litem 2](#)

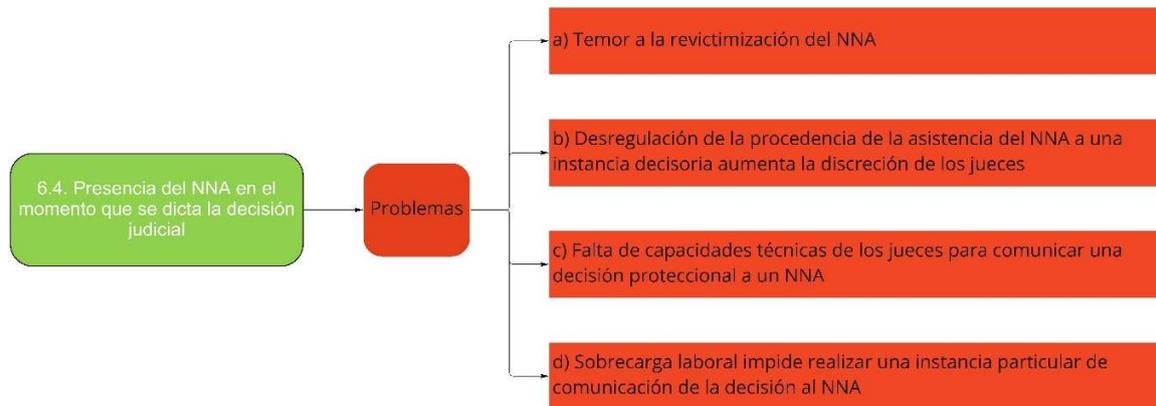
Como se observa en los relatos expuestos, la asistencia excepcional del adolescente a la audiencia decisoria siempre es a solicitud de éste y los jueces parecen tener una actitud favorable ante este tipo de prácticas cuando se trata de adolescentes.

6.4.2. Problemas que obstaculizan la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial

Los entrevistados constatan ciertos problemas que obstaculizan o dificultan la presencia del NNA en la audiencia en que se decreta la decisión sobre la medida de protección, aun cuando la alternativa más adecuada sea la existencia de una audiencia independiente dedicada al NNA.

Los obstáculos identificados se resumen en el siguiente diagrama:

Resultado 11: Problemas que obstaculizan la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial



Fuente: Elaboración propia

a. Temor a la revictimización del NNA

Todos los entrevistados advierten que la presencia del NNA en la audiencia decisoria podría significar un riesgo de revictimización, ya sea por el contenido sensible de la instancia o por la conflictividad que puede provocarse entre las partes y los demás intervinientes del juicio.

“¿Si es que quisiera ir? No sé, pero es que yo creo que igual no es lo más óptimo que el niño en cuestión esté en el juicio en sí, porque ahí se discuten muchas cosas. Hay muchos temas que, por ejemplo, uno no tiene que saber con esa edad. Porque a uno le cuentan el problema base, así minimizado y, generalmente, el problema es una cuestión enorme, entonces yo diría que sería menos beneficioso que esté ahí.”

Exusuario 4

“Creo que es muy complejo (refiriéndose a la presencia del NNA en la audiencia decisoria). Me parece que podría ser dañino porque también es permitido, está dentro de lo posible, que los papás puedan reaccionar malamente y generar un trauma innecesario, creo que es bueno separar las cosas porque el niño no está siendo juzgado. Me parece, a simple vista, no me lo había planteado, que puede ser más contraproducente.”

Juez 1

“Me remonto un poco a lo que te dije antes, yo no sé si todo lo que estamos haciendo implica que estamos adultizando demasiado a los niños, entonces no sé, no tengo la respuesta, no sé si del punto de vista psicológico es mejor que tú le cuentes todas las decisiones que se toman al niño (...). Entonces, de verdad no tengo la respuesta, no sé y creo que falta mucho análisis jurídico y psicológico respecto de las consecuencias que podría implicar esa medida (que el NNA esté personalmente presente en la audiencia decisoria u otra instancia similar).”

Jueza 2

“(…) yo no lo permitiría. Yo no podría estar en una audiencia y quedarme callado si van a resolver algo que es complejo respecto del niño y dejar que el niño esté ahí presenciando todo y que los adultos discutan y lloren y griten, no, yo no podría éticamente permitir que el niño estuviera ahí.

Sí me la juego para que el niño sea oído, para que ingrese a la sala Gesell, pero hasta ahí llega la participación. (...). Eso sí me parece que podría generar una cantidad de estrés innecesario para el niño que esté presente en una audiencia donde el juez le vaya a decir qué es lo que va a resolver respecto de su vida y que esté su papá y su mamá. (...) no es beneficioso para el niño estar ahí al momento en que se dicte el fallo.”

Consejero técnico 2

“(…) en las audiencias de juicio se incorporan todas las pericias, entonces como que ahí yo creo que también hay un tema, porque ahí tú hablas como de la pericia, de lo que le pasó al niño, el relato que tiene él, puede ser revictimizar creo yo, como volver a, digamos, conectarse con la emoción que te provocó el evento y después contarlo, y el conflicto.”

Consejera técnica 3

“(…) uno de los temas que te dicen, es que los niños no deberían tener contacto con el sistema judicial en alguna medida y que todo eso puede ser perjudicial en términos de que les mantiene dando vuelta temas que ellos no quieren hablar constantemente.”

Curador ad litem 2

“En las de protección, el hecho de estar con el victimario, con el abusador. Es muy complicado.”

“(…) el hecho de escuchar diagnósticos, evaluaciones, peritajes que son de alto calibre para un niño o niña, el contenido finalmente. Así como en televisión tenemos contenido para mayores de 7, de 12, de 13, 16, yo creo que ahí también tiene que haber una evaluación del curador y del juez que va a tomar la decisión de aceptar o no al niño en audiencia, de qué cosas se van a hablar en la audiencia.”

“(…) evaluar si el contenido es apto para una adolescente, si hay cosas de la sexualidad o vida íntima de la madre o el padre que ¿tiene que enterarse, si en la audiencia de juicio es donde se presenta la prueba? En el fondo, determinar cuál es el objetivo de que el adolescente esté presente.”

Curadora ad litem 3

b. Desregulación de la procedencia de la asistencia del NNA a una instancia decisoria aumenta la discreción de los jueces

Algunos entrevistados constatan como un problema que, dada la desregulación de la comunicación de la decisión al NNA, los jueces determinan discrecionalmente

cuando permitir la asistencia del NNA a la audiencia decisoria y cuando no, no existiendo un protocolo para esta práctica.

“Porque esto queda como muy primero a la voluntad de que lo quieran o no lo quieran hacer y, segundo, queda muy también expuesto el niño, porque como tú sales en el fondo a una banca, lo llamas y le dices “¿te acuerdas que yo te dije que te iba a comentar?” y te vas a un lugar como resguardado, pero ese criterio no necesariamente lo van a tener todos. Entonces yo creo que tiene que haber una especie como de protocolo para esto, no está considerado de primera y segundo, si se considera, queda muy como a la voluntad o criterio que tenga cada consejero o cada juez. Yo creo que debe estar como más marcado a un procedimiento como para estandarizar y nivelar para arriba, si esa es la idea.”

Consejero técnico 2

c. Falta de capacidades técnicas de los jueces para comunicar una decisión proteccional a un NNA

Uno de los reparos a la presencia de NNA en la audiencia decisoria es que los jueces no contarían con las herramientas comunicacionales necesarias para explicarles las decisiones proteccionales de manera adecuada y segura, especialmente cuando se trata de medidas de protección intensas como la internación.

“Yo cuestiono que existan las capacidades instaladas hoy día en los jueces para explicarle a un niño que va a ingresar a una residencia. No, la verdad no lo veo como algo que hoy en día esté como dado como tal, por lo que prefiero que el NNA no esté presente en ese momento.”

Consejera técnica 1

d. Sobrecarga laboral impide realizar una instancia particular de comunicación de la decisión al NNA

Si bien la modalidad más aceptada para garantizar la presencia del NNA en una audiencia decisoria es realizar una audiencia separada dirigida exclusivamente para aquel, los profesionales señalan que la sobre carga laboral de los tribunales de familia dificulta su éxito, ya que actualmente no cuentan con el tiempo necesario para programar nuevas audiencias.

“(…) no podemos realizar audiencias separadas con los niños por el volumen de trabajo, la carga de trabajo, el nivel de presión que existe en el sistema.”

Consejera técnica 1

6.4.3. Mejora para asegurar la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial: creación de instancia especial

La mejora mayoritariamente propuesta por los entrevistados es la creación de una instancia procesal exclusiva e independiente de la audiencia decisoria, dedicada solo al NNA, con la presencia del juez, el consejero y el curador ad litem, si correspondiere, y en ausencia de las otras partes del juicio, de tal forma que este pueda estar presente en el momento en que se adopte la decisión y se le comunique de manera adecuada y segura.

Resultado 12: Mejora para asegurar la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión judicial: creación de instancia especial



Fuente: Elaboración propia

Los relatos que sustentan la mejora identificada son los siguientes:

“Sin duda, yo creo que debería ser parte del proceso y del tiempo de agendamiento de la medida de que haya un espacio posterior al audio o al último audio que se emite de la resolución, donde haya otro bloque que se le permita al consejero técnico o al juez si quiere, si lo dispone así, de que el niño vuelva a ingresar a la sala Gesell y se le comente qué fue lo que pasó.”

Consejero técnico 2

“(…) yo, por regla general, prefiero que no estén presentes en las audiencias, prefiero que tengan el espacio reservado de comentarles, informarles lo que pasó o lo que va a pasar. (…) yo creo que lo más adecuado sería hacer entrevistas informativas independientes con el NNA, es comentarle, transmitirle al niño la decisión final y el fundamento de la decisión final, el por qué”

Jueza 3

Una de las exusuarias destaca que, en el momento de la decisión, es central que la comunicación al NNA sea sencilla y adecuada a sus requerimientos, otorgándole la contención profesional necesaria.

“Yo creo podríamos entrar a la audiencia con un apoyo que esté capacitado para esas ocasiones, para apoyar al menor, al niño, después de la audiencia explicarle qué ha sucedido, porque a mí me invitaban a la audiencia, ni siquiera entraba y después salía y nadie me decía nada. O alguien como un traductor que le diga al niño qué es lo que sucedió, qué fue lo que se decidió, porque, al fin y al cabo, después de todas esas cosas yo tuve que leer un informe que encontré por ahí, de hecho, a escondidas para saber lo que había sucedido conmigo.”

Exusuaría 2

La presencia del NNA en una instancia independiente de la audiencia decisoria es una práctica que actualmente ejecutan algunos Tribunales de Familia de manera voluntaria e informal. Cuando los NNA se encuentran en las dependencias del Tribunal al momento de finalizar la audiencia decisoria, y, especialmente si se trata de adolescentes, los jueces o los consejeros técnicos hacen ingresar solamente al NNA o se dirigen al lugar donde este se encuentra y le comunican la sentencia dictada. Se trata de una instancia informal, no regulada, pero, al parecer, necesaria para los Tribunales de Familia y para los NNA, que la reciben positivamente según los relatos de los entrevistados.

“(…) la estrategia es otra, es decir, ‘te pido que me esperes afuera y después te hago pasar’, eso ha sido la verdad que súper bueno para ellos y para mí, esto fue un descubrimiento de la capacitación, no mía, fue como de aprendizaje, de años”

Juez 1

“Después de que se hace la audiencia, por lo menos en las que yo estoy, de juicio, salgo y le cuento al niño qué es lo que ocurrió y a veces cuando hay muy poco tiempo, nos coordinamos con la curadora, ya la curadora sale antes a comunicarle la decisión y remato yo un poco después.”

Consejero técnico 2

“Nosotros lo hemos hecho, pero poquitas veces, entonces hemos hecho entrar al adolescente o al niño y le hemos explicado. Pero tienes que tomarte tiempo, tienes que tener ese espacio. El niño lo entiende y como que lo valora.”

Consejera técnica 3

Incluso, uno de los consejeros técnicos entrevistados señaló que el tribunal de familia donde ejerce sus labores redactó un protocolo interno de las consejerías técnicas, estableciendo el deber de comunicar la decisión al NNA una vez que esta haya sido decretada, siempre cuando el NNA se encuentre en las dependencias del tribunal.

“En general yo creo es súper aceptada [salir a comunicarle al NNA la decisión una vez haya sido decretada], yo tampoco, como estamos todos en salas distintas, no te podría asegurar en un 100% que todos lo hacen en todas las audiencias, pero, por lo menos, la voluntad y el protocolo que tenemos nosotros interno de consejería está delimitado, así se hace. (…). Luego de la sala Gesell va a haber una audiencia donde la gente generalmente se ‘saca los pelos’, por lo que el niño debe salir. Después de eso yo me comprometo a comentarle al niño y contarle qué fue lo que se resolvió, y eso siempre lo hago después de la audiencia.”

Consejero técnico 2

6.5. Conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre la decisión adoptada

El siguiente apartado expone los resultados del segundo momento del elemento denominado 'Conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre las decisiones'. Este requisito para el involucramiento del NNA en los procesos judiciales pretende que los profesionales implicados lleguen a conocer la opinión del NNA sobre la decisión que fue adoptada en su caso. Se sitúa, por tanto, en la fase final del proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección.

Por ello, en este subcapítulo se exponen las percepciones y opiniones que tienen los entrevistados tanto sobre elementos que reconocieron como parte de este requisito de conocer la opinión del NNA sobre la decisión adoptada, como de los problemas que obstaculizan que los profesionales tomen conocimiento de aquella y las mejoras propuestas para su concreción.

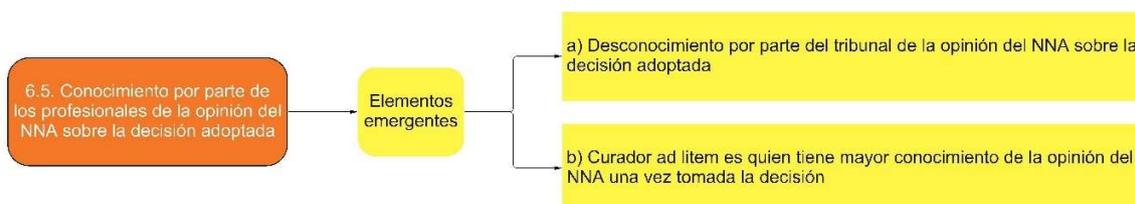
6.5.1. Elementos emergentes respecto al conocimiento de los profesionales de la opinión de NNA sobre la decisión adoptada

Como último requisito, la dimensión de involucramiento para la participación significativa del NNA exige que los profesionales involucrados en el proceso judicial tomen conocimiento de la opinión del NNA sobre la decisión adoptada por el tribunal.

El cumplimiento de este requisito es improbable, ya que –conforme lo diagnosticado en el apartado 6.4–, la sola interacción entre el NNA y el Tribunal de Familia al momento de adoptarse la decisión es escasa y excepcional, lo cual hace que disminuyan las instancias en que el NNA pueda expresar a los profesionales su opinión sobre la decisión adoptada.

El siguiente diagrama ilustra las circunstancias que rodean este requisito de la dimensión de involucramiento según lo aportado por los entrevistados:

Resultado 13: Elementos emergentes respecto al conocimiento de los profesionales de la opinión de NNA sobre la decisión adoptada



a. Desconocimiento por parte del tribunal de la opinión del NNA sobre la decisión adoptada

En los relatos analizados se constata que, una vez decretada la decisión, el tribunal no toma conocimiento de la opinión del NNA respecto a la medida adoptada, ya que no interactúa directamente con el NNA ni el curador ad litem se las transmite posteriormente, salvo en las contadas excepciones en que el juez o el consejero técnico se comunican directamente con el NNA para explicarle la medida –como se expuso en el apartado anterior–.

“Entrevistadora: (...) ¿tú recibes, una vez que ya está decretada la medida, la opinión del niño o información sobre cómo lo recepcionó o cómo lo está llevando?”

Consejera técnica: Hasta el minuto no, nunca lo hemos recibido. Yo creo que a lo mejor podría cambiar con el programa ‘Mi abogado’; yo siento que el programa ‘Mi abogado’, también en las pocas causas que tenemos con ellos, han estado como súper pendiente, como con hartito contacto con nosotros, yo creo que ahí podría cambiar, pero hasta el minuto no, como que antes nada, así como que el curador venía a la audiencia y listo.”

Consejera técnica 3

“No, nunca nos enteramos de cómo recibió la decisión ni de su opinión sobre eso (...). (...). Y si tú me preguntas, así como muy explícitamente, no hay un espacio específico para que en el contexto de la intervención el niño diga u opine acerca de qué le pareció la medida de protección que se estableció a su respecto.”

Consejera técnica 1

Incluso, durante la fase de cumplimiento de la medida de protección tampoco es seguro que el tribunal conozca el parecer del NNA, ya que, por el sistema de rotación de jueces en los tribunales de familia estos vuelven a conocer de los procesos judiciales en las audiencias de revisión de manera aleatoria.

“Entrevistadora: Y, luego, cuando toman la decisión, ¿tú te enteras de su opinión en las audiencias de cumplimiento posterior, en general, de las causas? ¿o ya más bien se pierden durante mucho rato?”

Jueza: Por regla general se pierden, uno no sabe hasta que te toca la ruleta, porque como vamos rotando y justo te tocó la que tomaste hace 6 meses la terminaste tú, lo ingresaste a un programa y te tocó la primera audiencia de revisión, pero, por regla general, los pierdes a menos que vuelvas a conocer la situación.”

Jueza 3

En la etapa de cumplimiento del proceso judicial de aplicación de medida de protección el Tribunal conoce parcialmente y de manera indirecta la opinión del NNA mediante los informes que elaboran los programas a cargo de la intervención, que,

más bien, documentan el avance del proceso de intervención tras la aplicación de la medida de protección, sin registrar la opinión del NNA.

“No, nunca nos enteramos de cómo recibió la decisión en el momento en que se adopta la decisión, pero como cuando las medidas de protección se establecen, después se inicia una etapa de cumplimiento y en el cumplimiento comienzan a llegar los informes de los procesos de intervención, ahí nosotros vamos visualizando cómo evoluciona la situación del niño, pero no necesariamente su opinión.”

Consejera técnica 1

“Después de eso la forma que nosotros tenemos de saber del cumplimiento de esa medida es a través de los programas de intervención ambulatoria, ellos nos van comentando un poco qué es lo que ocurrió, ellos nos van señalando si la decisión judicial ha tenido los resultados que se esperaban de la intervención psicosocial, si es necesario reevaluar, si es necesario volver a oír al niño. Eso nos ha pasado hartas veces de que a veces los programas nos dicen ‘mira, esto ha evolucionado bien y evolucionó tan bien la intervención con la habilitación de la madre que, hoy día ya no consideramos que es necesario que el niño permanezca con un tercero significativo o con la abuela o con un tío y el niño quiere ser oído de nuevo’. Lo escuchamos de nuevo, hacemos una audiencia de revisión y vemos cómo evolucionó un poco, cuál fue el impacto de la resolución judicial que hubo en ese caso en particular y se toma una decisión que va casi siempre en el mismo sentido del trabajo que ha hecho el programa de manera conjunta con la opinión que han visualizado en el niño.”

Consejero técnico 2

En esta etapa de seguimiento, los entrevistados identifican la relevancia de la función de los Centros de Observación y Control de Cumplimiento de Medidas de Protección (COCCMP) del Poder Judicial, ya que, mediante su sistema de alertas periódicas los Tribunales de Familia toman eventualmente conocimiento de la situación y opinión de los NNA que se encuentran con medida de protección. El sistema consiste en un seguimiento periódico del cumplimiento de las medidas de protección decretadas mediante alarmas programadas cada 3 o 6 meses, ante las cuales los Tribunales solicitan informes a los programas a cargo de la intervención.

“Entrevistadora: Y después de ese momento, ¿el Tribunal se entera de la opinión del NNA y cómo va el cumplimiento de esta medida?”

Curadora ad litem: Nada, a menos que nosotros, en esa fase de seguimiento, veamos que al niño nunca lo llevaron al PPF o al PRM, o a cualquier programa ambulatorio, y nosotros avisamos al Tribunal. Pero si no, no tienen idea. Cuando están en internación, por este sistema de alarmas que te digo, que la dictan en general por 6 meses o 3 meses, tiempo determinado, y lo que van haciendo es renovarlo, ahí yo te diría que se enteran entre comillas porque piden un informe a la residencia.”

Curadora ad litem 3

Ahora bien, excepcionalmente, luego que el/la consejero/a técnico/a analiza los informes de cumplimiento allegados al Tribunal, se cita a audiencia reservada para conocer la opinión del NNA sobre su situación actual, los efectos de la medida de protección y la reevaluación de aquella. Si bien esta parece una buena práctica, el conocimiento de la opinión del NNA es más bien tardío, ya que la medida se

encuentra en fase de cumplimiento y no recientemente decretada como exige el requisito de este apartado.

“En la etapa de cumplimiento, puede ser, por ejemplo, el programa que está interviniendo el que te diga el niño quiere ser escuchado, sería bueno que lo escuchen o está pasando algo o de repente también lo genera el consejero técnico porque, por ejemplo, los programas que hacen la intervención te tienen que mandar un informe cada 3 meses para ver cómo va la medida, esos informes pasan por consejo técnico, el consejo técnico tiene que emitir un meta informe digamos de lo que te mandan, entonces de repente tú ves algo y dices “aquí como que algo pasa, hay mucho conflicto, es necesario...”, entonces uno sugiere audiencia y audiencia reservada (...)”

Consejera técnica 3

b. Curador ad litem es quien tiene mayor conocimiento de la opinión del NNA una vez tomada la decisión

Un curador ad litem indica que, en el ejercicio de su labor de representación, ellos son los profesionales que más logran conocer la opinión del NNA sobre la medida de protección adoptada, dado que, en teoría, deben generar una relación más estrecha y constante con el NNA que la relación que logra tener Tribunal.

“Sí, siempre buscamos ese feedback de parte de los niños también, cuestión que no logran los tribunales. Los curadores ad litem buscamos, como representantes del niño, la concientización de la medida y que comprendan un poco cómo la estructura, lo que te decía al principio, de quién toma las decisiones, cuánto tiempo va a durar, cuándo se puede realizar esta decisión que se tomó por 3 meses. Por ejemplo, una prohibición de acercamiento más derivación a COSAM para tratamiento de adicciones al progenitor. Entonces, intentar como explicarle que este período va a estar alejado para que él haga esto, si él cumple tales compromisos, etc. Y después se puede evaluar y en el camino recibimos descargos del niño como ‘no estoy feliz con esto’, ‘no quiero’, ‘quiero verlo’, ‘quiero que me venga a ver’; y, ahí, manejando la situación muy de la mano con quienes intervienen de forma directa.”

Curador ad litem 2

6.5.2. Problema para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión del NNA sobre la decisión adoptada: la falta de tiempo por sobrecarga laboral

Nuevamente los entrevistados advirtieron, como obstáculo principal de este requisito, la sobrecarga laboral y consecuente falta de tiempo en los tribunales de familia, ya que imposibilita la creación de una nueva instancia para recoger la opinión del NNA una vez tomada la decisión.

Resultado 14: Problema para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de NNA sobre la decisión adoptada: falta de tiempo por sobrecarga laboral



Fuente: Elaboración propia

Los relatos que sustentan el problema constatado son los siguientes:

“(…) yo en algún minuto llegué con la idea, de un curso también, de: ‘Magistrado después de la medida nosotros debiéramos hacer entrar al niño o citarlo y explicarle para qué él nos diga su opinión sobre la medida’, y el juez me dijo: ‘¿y en qué minuto? ¿en qué minuto lo hacemos?’, porque ya estábamos atrasados, citarlo a otra audiencia, que venga del otro lado del cerro para acá, que nosotros le contemos.”

Consejera técnica 3

“(…) al tribunal no le importa tanto muchas veces conocer la opinión del NNA sobre la decisión y sobre todo en [nombre de ciudad] que es un tribunal grande; no es por tirarle basura, pero es por el cúmulo de causas y comunas que tienen.”

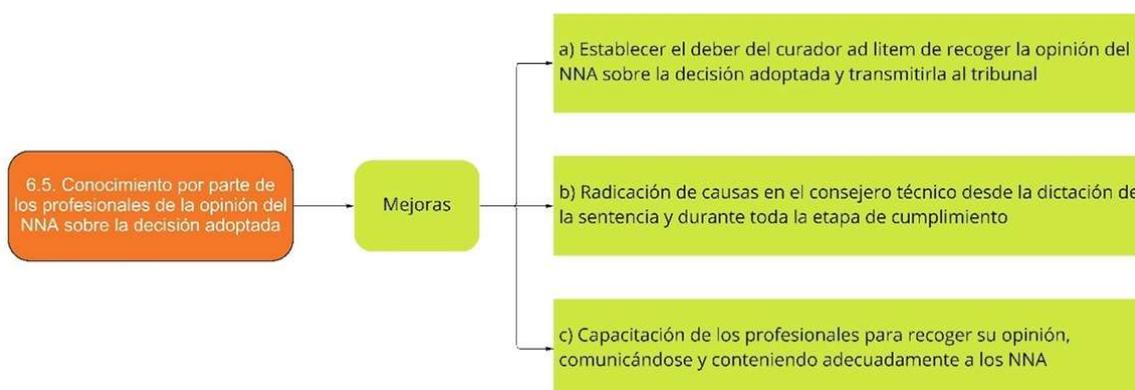
Curador ad litem 2

6.5.3. Mejoras para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre la decisión adoptada

En esta sección se detallan mejoras ya ejecutadas excepcionalmente por algunos profesionales y mejoras propuestas por los entrevistados que tienen como finalidad promover y concretar el conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA sobre la decisión adoptada por el Tribunal de Familia en los procesos judiciales proteccionales.

El siguiente diagrama ofrece una sistematización de las mejoras identificadas:

Resultado 15: Mejoras para que los profesionales tomen conocimiento de la opinión de los NNA sobre la decisión adoptada



Fuente: Elaboración propia

a. Establecer el deber del curador ad litem de recoger la opinión del NNA sobre la decisión adoptada y transmitirla al tribunal

Una de las exusuarias manifestó que, desde que cuenta con curador ad litem, le ha sido más fácil expresar su opinión sobre las decisiones tomadas por el tribunal.

“Antes de tener abogado [curador ad litem] hubo mucho de eso, no podía expresar mi opinión sobre las medidas que tomaba el juez, después, con [señala el nombre de su curador ad litem], se hizo más fácil.”

Exusuaria 2

Dada la relevancia del rol del/la curador/a ad litem para la recepción de la opinión del NNA sobre la decisión y su posterior transmisión al Tribunal de Familia, una de las profesionales señaló que en su trabajo se hace un seguimiento a las causas proteccionales después del cierre de la causa, que le permite conocer la opinión del NNA sobre la decisión judicial. En este sentido, propuso como mejora la creación de protocolos de seguimiento de los NNA representados para asegurar que los/as

curadores ad litem lleguen a conocer la opinión del NNA sobre la medida de protección decretada.

“**Curadora ad litem:** Ahí lo que hacemos siempre, bueno, no solamente en estos casos, sino que, en todos, hacemos un seguimiento post cierre de la causa por seis meses, como protocolo, que nos permite recoger la opinión del NNA sobre la decisión y su avance. Pero en los casos de internación lo hacemos por un año. Sería buena idea crear un protocolo de seguimiento de los representados que obligue a curador a preguntarle la opinión al niño sobre la medida decidida.

Curadora ad litem 3

b. Radicación de causas en el consejero técnico desde la dictación de la sentencia y durante toda la etapa de cumplimiento

Uno de los consejeros técnicos entrevistados señaló que en el tribunal de familia donde trabaja tienen la práctica de extender la radicación de las causas en el consejero técnico que asistió la audiencia de juicio, desde la dictación de la sentencia a toda la etapa de cumplimiento.

El consejero técnico indica que aquello fomenta la cercanía con la causa y con el NNA si es que se logra que asista, aumentando las probabilidades de concretar instancias en que el tribunal recoja la opinión del NNA sobre la medida de protección dictada y su evolución en el tiempo.

“Me tocó una vez que yo quedé con una causa radicada acá, yo estuve en la audiencia de juicio que fue donde se terminó... ese fue un súper buen criterio. Nosotros tenemos como criterio acá de que, si yo estuve en la audiencia de juicio, indistintamente del juez que estuvo, y yo di la opinión para determinar esa causa, yo me la radico en todo el cumplimiento, por lo tanto, me van a pasar una causa y yo sé perfectamente quién es Juanito, qué le pasó, por qué es la medida, cuál es la última medida que se decretó, porque tengo mis registros también y sé perfecto de qué se trata. Entonces la idea es que todos esos registros y esas técnicas, que son como un poco de voluntad o tratar de organizarnos un poco mejor, nos permitan tener súper visualizada la situación y hacer todos los esfuerzos para obtener la opinión del NNA sobre la medida de protección que decretamos.”

Consejero técnico 2

c. Capacitación de los profesionales para recoger su opinión, comunicándose y conteniendo adecuadamente a los NNA

Un juez advierte que para recoger la opinión del NNA sobre la decisión es esencial la capacitación de todos los profesionales que intervienen en herramientas comunicacionales que permitan explicarle adecuadamente la decisión al NNA y recoger su opinión al respecto.

“Yo creo que formación sí o sí en todos los agentes que intervienen en el proceso judicial, en cuanto a la dinámica del derecho a participar, a ser oído en cuanto a digamos instrumentos o herramientas para poder conversar y cómo decirle las cosas al niño, que no es fácil conversar con él sobre la medida de protección que se dictó, para que ellos puedan expresar su opinión de eso.”

Juez 1

7. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El capítulo expone los asuntos transversales más destacados que arrojó el análisis integrado de los resultados obtenidos de las entrevistas y que fueron presentados en el capítulo precedente, poniendo especial énfasis en las subcategorías «elementos emergentes» y «problemas».

La razón por la cual en este capítulo se coloca el foco en las subcategorías «elementos emergentes» y «problemas» es que estas abordan suficientemente las percepciones, opiniones y experiencias personales de los entrevistados sobre la concreción de la dimensión de involucramiento de los NNA en los procesos judiciales proteccionales, pasando tanto por temas transversales del ejercicio de la dimensión en cada categoría temática principal (a saber, aspectos generales, conocimiento, presencia y consideración) como por los obstáculos que dificultan el ejercicio del involucramiento de los NNA en estos procesos judiciales.

Por su parte, los resultados de la subcategoría «mejoras» son analizados integradamente y expuestos de forma separada en el capítulo 8 para responder ordenadamente al objetivo específico d) de este estudio, a saber, la generación de recomendaciones para la concreción de la dimensión de involucramiento de los NNA en los procesos judiciales proteccionales (apartado 5.3).

7.1. Contraste entre la valoración positiva del derecho a la participación de NNA y la concreción aleatoria del involucramiento en el proceso judicial proteccional

Los resultados de este estudio coinciden con las investigaciones comparadas de sistemas proteccionales que concluyen que la participación de NNA en los procesos de toma de decisiones proteccionales es un derecho, en teoría, altamente valorado por los profesionales y los NNA, sin embargo, su aplicación práctica no es sistemática, sino aleatoria, informando incluso, algunos NNA, que fue escasa o nula en sus procesos proteccionales (Lauri et al., 2020, 220).

Muestra de la falta de concreción del derecho en los procesos judiciales proteccionales es que la mayoría de los exusuarios entrevistados no participaron de su proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección, ni tuvieron comunicación con el Tribunal de Familia que conoció su caso. Por su parte, los profesionales confirmaron que en la generalidad de los casos los NNA no participan directamente en el proceso judicial proteccional, sino que son representados por su curador ad litem o el Tribunal explora sus opiniones y deseos mediante un tercero con el cual se relacionan (peritos, familiares, colegios, centro de salud, etc.).

Los resultados muestran que los entrevistados perciben una supuesta tensión entre el derecho a la participación de los NNA y la desprotección que podría significar el ejercicio de ese derecho en el proceso judicial, siendo una razón dada recurrentemente por los profesionales como obstáculo para el involucramiento adecuado del NNA en el proceso judicial proteccional. Sin embargo, aquella supuesta tensión constituye un falso dilema, ya que es imposible otorgar una adecuada protección al NNA sin su participación en el proceso. Ambos valores, en sentido general, no son contradictorios, si no que la participación, más bien, es un componente central para la protección (García-Quiroga y Vallejo, 2021).

La tensión obstaculizante mencionada es expresión de la tensión entre el enfoque tutelar y el enfoque de derechos respecto a la niñez y la adolescencia, que se expuso en el primer capítulo. En este sentido, estudios informan que el enfoque que posea el profesional sobre la niñez y la adolescencia (tutelar o de derechos) cumple un papel central en la promoción u obstrucción del proceso de participación del NNA y su implementación para la toma de decisión (ten Brummelaar et al., 2017, p. 8), como pudo corroborarse patentemente en los resultados de esta investigación (apartados 6.1.2.a, 6.3.2.b y 6.4.2.a).

En el caso chileno, una de las razones que se esgrimía para la falta de enfoque de derechos en la legislación proteccional de niñez y adolescencia es que, tras la firma de la CIDN, no se había creado un estatuto legal marco acorde con los principios del paradigma de la protección integral y el enfoque de derechos y coherente con las exigencias de la CIDN (Espejo y Lathrop, 2015). Sin embargo, este panorama ha cambiado recientemente tras la dictación de la Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en marzo del año 2022; aunque, en cualquier caso, la oportunidad que abre esta nueva ley para actualizar la normativa chilena de niñez y adolescencia es un desafío que se pondrá a prueba en su implementación futura.

La anterior inexistencia prolongada en Chile de un estatuto de garantías y protección integral para NNA no impidió el avance paulatino de ciertas normas, políticas y programas en la línea de la CIDN. Por el contrario, el impacto del enfoque de derechos de la CIDN se tradujo en acciones y programas aislados de instituciones, tanto públicas como privadas, cuyos resultados dependieron de la siempre escasa disponibilidad de recursos, de las resistencias corporativas al cambio y del apoyo político de las autoridades públicas para enfrentar temáticas complejas, muchas veces de tipo moral y subjetivo (Farías, 2003, pp. 220 y 221).

A pesar del avance que importa la Ley N°21.430, aún se encuentra vigente en la legislación chilena la Ley de Menores que posee un marcado enfoque tutelar y sostiene la comprensión del NNA como sujeto de normalización que debe ser reformado y protegido. La vigencia simultánea de leyes con enfoques en tensión mantiene operativa en el sistema proteccional la distinción entre niños, niñas y

adolescentes de la LTF y los denominados menores en situación irregular de la LM (Oyarzún et al., 2008, p. 27).

Ahora bien, como muestran los resultados, cuando se trata de procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección las razones tutelares de los profesionales para limitar la participación de los NNA se incrementan. Este enfoque se basa en la creencia de que NNA necesitan protección contra la carga de las conversaciones difíciles y las sensaciones dolorosas que puede causar su participación. Este temor se asocia particularmente a los riesgos y daños potenciales que pueden surgir al hablar de los problemas y las experiencias difíciles, lo que suele ser una razón esgrimida por los profesionales entrevistados para limitar la participación de los NNA.

Sin embargo, respecto al temor de dañar al NNA por involucrarlo en el proceso, cabe tener presente el estudio de Weisz et al. (2011), quienes constataron que la asistencia de los NNA a las audiencias no era emocionalmente dañina para ellos y que los niños que asistieron –en comparación con los niños que no asistieron– reportaron sentimientos más positivos sobre el proceso (en Kriz y Roundtree-Swain, 2017, p. 33). En el mismo sentido, los autores ten Brummelaar y otros indican que un estudio del año 2014 encontró una correlación significativa y positiva ($r=0,44$) entre la participación significativa en la toma de decisiones y el nivel de bienestar emocional de los NNA.

Dentro de la participación significativa, la dimensión de involucramiento es la que presenta una menor concreción en los procesos judiciales protectores. Ninguno de los tres requisitos que la componen –a saber, (i) el conocimiento de la opinión del NNA sobre decisiones futuras o adoptadas, (ii) la presencia del NNA en el momento de la decisión y (iii) la consideración de su opinión en la fundamentación de la sentencia– se concretan satisfactoriamente en los procesos judiciales protectores.

Da muestra de ello el estudio de Middle et al. (2020, p. 13), que, observando solo la dimensión de involucramiento en un conjunto de expedientes protectores, concluye que las opiniones de los NNA sobre las decisiones son escuchadas y documentadas explícitamente en el 12% de los expedientes revisados. Sobre la presencia de los NNA o de un representante de ellos durante la toma de decisiones no se hizo mención explícita en ningún documento ni reunión. Finalmente, y en la misma línea, sólo un expediente informó explícitamente cómo se consideró la opinión del niño en el proceso de toma de decisiones.

7.2. Vínculo de confianza como motor de la participación de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección

Uno de los hallazgos destacables del estudio es la necesidad de generar vínculos de confianza entre los NNA y los profesionales que intervienen en el proceso judicial de aplicación de medidas de protección para promover la participación significativa de los primeros, de tal forma que deseen involucrarse efectivamente a lo largo del juicio.

En particular, cuando los entrevistados abordan aspectos generales de la participación de NNA en los procesos judiciales protectores mencionan la importancia del vínculo de confianza con el NNA para incentivar su deseo de participar en el proceso (apartado 6.1.1.f), ya que, debemos recordar, que los resultados también evidencian que el consentimiento del NNA es un requisito esencial para su participación, en general, y su involucramiento en la decisión, en particular (apartado 6.1.1.e). En este sentido, la participación es un derecho, no una obligación.

Desde la otra vereda, la carencia de vínculos de confianza entre el NNA y los profesionales del proceso judicial protector inhiben sus deseos de participar en el proceso (apartado 6.1.2.b).

Bruce, refiriéndose a un estudio de expedientes protectores, indicó que los profesionales describían a los NNA como cautelosos con los profesionales, que no confiaban en las personas y que eran cerrados y difíciles de leer para ellos. Sin embargo, los propios profesionales consultados comentaban que, para fomentar la participación de los NNA y traspasar ese recelo es esencial ofrecer la oportunidad de construir relaciones de confianza que les permitan expresar sus puntos de vista en un entorno seguro (2014, p. 521; Lauri, et al. 2020, p. 2017). En este mismo sentido, Bell (2002) afirma que una relación y confianza positivas entre los NNA y los profesionales con los que interactúan son clave para la participación de los primeros.

En la línea de generar un vínculo de confianza con los NNA, algunos profesionales mencionaron que resultaba provechoso y enriquecedor para el proceso y para la relación de ellos con los NNA conversar de forma más abierta con ellos/as sobre las posibles decisiones que podrían adoptarse en el caso (apartado 6.2.3.a).

A esto se suma que la relación entre confianza y participación no solo es consecencial, sino, también, simbiótica, ya que el propio ejercicio del derecho a la participación por parte de los NNA en los procesos de toma de decisión aumenta su confianza en los profesionales e, incluso, en las propias capacidades. En este sentido, se observó que un grupo de jóvenes entrevistados –que participaron en el Children in Care Councils de Londres– reportó varios beneficios psicosociales

derivados de su participación, incluyendo el desarrollo de confianza y autoestima, orgullo, independencia y autodefensa (Kriz y Roundtree-Swain, 2017, p. 33).

Según Lauri et al., (2020, p. 219), la comunicación y la participación están relacionadas con la construcción de confianza mutua. En el marco de un estudio que exploró las experiencias participativas de NNA en la evaluación de la protección de la infancia en Estonia, los niños consideraron que la participación y la comunicación abierta con los profesionales era un elemento crucial para aumentar la confianza, y afirmaron que para crearla se requiere un enfoque favorable a los derechos de los niños y paciencia.

7.3. La insuficiente regulación que obstaculiza alcanzar el involucramiento

Los resultados constatan que el derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales, en un sentido general, se encuentra aun deficientemente regulado en el ordenamiento chileno, tal como señalan otros estudios sobre la materia (Lathrop, 2014; UNICEF, 2015).

Al parecer, esto responde a la persistencia del enfoque tutelar y de la concepción simplista que se tiene respecto a la participación, que no permite plasmar en la ley la integralidad de este derecho desde un enfoque de participación significativa, que incluya al involucramiento como última dimensión de despliegue.

Los resultados constatan que la regulación sobre el involucramiento de NNA, especialmente en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, debe elevar la exhaustividad regulatoria y los estándares para el cumplimiento de cada uno de sus requisitos, estableciendo la obligatoriedad de las instancias de involucramiento, el deber de motivación de los jueces al negar o limitar alguno de sus aspectos, la obligación de los curadores ad litem para promoverlos y defenderlos en el proceso judicial, entre otros.

En este sentido, la Ley N°21.430 recientemente aprobada, que otorga un marco general de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, ofrece avances significativos sobre la regulación del derecho a la participación individual de NNA en los procesos judiciales, como se expuso en el capítulo segundo (apartado 2.1.2.d) y como felicitó el Comité de los Derechos del Niño en las recientemente publicadas Observaciones finales sobre los informes sexto y séptimo de Chile, de fecha 9 de junio de 2022 (CRC, 2022, p. 4).

Su mayor potencialidad la encontramos en el artículo 28, que establece el derecho a ser oído como derecho subjetivo de todo NNA y lo desarrolla de manera mucho más completa que la fórmula legal vigente hasta ese momento (artículo 16 LTF), que lo posicionaba como principio rector de la justicia de familia.

En primer lugar, cabe destacar que el tenor literal del artículo amplía la comprensión del derecho a ser oído al señalar que abarca no solo la escucha de las opiniones del NNA, sino también la debida consideración de aquellas en la decisión que se adopte. En este sentido, extiende la participación individual de los NNA a la dimensión de escucha y de involucramiento en los términos del modelo de participación significativa, aunque solo parcialmente, ya que, no incluye el resto de los requisitos de la dimensión de involucramiento.

El reconocimiento de la participación efectiva que hace la nueva ley es un avance subrayado por el Comité de los Derechos del Niño en las últimas Observaciones finales publicadas (CRC, 2022, p. 4).

En cuanto a otro aspecto, la ley reitera la facultad de los/as jueces/zas para determinar si escuchar o no al NNA y en qué medida considerar su opinión en atención a criterios de edad, madurez y grado de desarrollo. Esta competencia exclusiva del/la juez/a que puede ser ejercida directamente, sin la exigencia previa de un informe de la consejería técnica, por ejemplo, es vista por algunos entrevistados como un eventual obstáculo a la escucha y conocimiento de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso, ya que, los jueces podrían esgrimir razones de edad, madurez o nivel de desarrollo carentes de rigor técnico, vulnerando el derecho del NNA (apartado 6.2.2.c).

Ciertamente la publicación de las Leyes N°21.302 y 21.430 es un avance histórico en temas de niñez y adolescencia y, en particular, en asuntos sobre protección de derechos y derecho a la participación, que tiene el potencial de movilizar la política pública para lograr un ejercicio más efectivo de los derechos por parte de los NNA.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el desafío real se juega en la implementación de estas leyes en los próximos años, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que se desarrollen procedimientos de evaluación del impacto de estas legislaciones sobre los derechos de los NNA (CRC, 2022, p. 4), donde el derecho a la participación significativa debería tener un lugar central.

7.4. La edad como determinante del involucramiento

Los resultados muestran que, para los profesionales, la edad es un factor determinante en todos los requisitos de la dimensión de involucramiento, especialmente cuando se trata de conocer la opinión del NNA sobre las decisiones y de autorizar su presencia en el momento que esta se adopta. Por ello, no es casualidad que los adolescentes sean admitidos más fácilmente en dichas instancias de la dimensión de involucramiento y, por consiguiente, sus perspectivas sean mayormente consideradas en la fundamentación de las sentencias que los afectan.

Los estudios efectivamente advierten que, a nivel individual, la edad de un NNA puede ser una barrera para la participación: se puede considerar que los niños son demasiado pequeños para participar, incluso si son lo suficientemente maduros para hacerlo. De hecho, las investigaciones constatan una gran variación en las actitudes de los profesionales respecto a la edad en que los niños deberían poder participar. Esto también se relaciona con la regla etaria de los sistemas de protección infantil que establecen diferentes umbrales legales o prácticos con respecto a la participación de los niños en diferentes países (Kriz y Roundtree-Swain, 2017, p. 34).

El procedimiento judicial sobre aplicación de medidas de protección chileno no establece un límite etario para la comparecencia del NNA ante el tribunal, sin embargo, entrega al criterio del juez la evaluación de si su opinión debe ser considerada en la decisión atendiendo su edad y madurez (art. 69 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia).

Si bien efectivamente la edad puede significar un desafío para conocer la opinión y los deseos de los NNA, la literatura ha señalado que no es necesario que el NNA pueda comunicarse verbalmente, sino que, en su lugar, los profesionales tienen la tarea de desplegar otras herramientas comunicacionales que les permitan discernir sus opiniones y deseos (Lauri et al., 2020, 221), como se desarrollará en el apartado 7.5 sobre las habilidades. Este mismo estudio indica que diversas investigaciones continúan constatando que la edad del NNA influye considerablemente en sus oportunidades de ser involucrados en los procesos protectores, lo que se debe, en parte, a la creencia de que los niños y niñas más pequeños no son competentes para expresar sus opiniones y, por otro lado, al enfoque tutelar según el cual los NNA deben ser protegidos de más daños.

Así, las razones de edad operan constantemente como criterio de los/as jueces/zas para decidir si involucrar o no a un NNA en los procesos sobre aplicación de medidas de protección, siendo esta decisión más favorable cuando se trata de adolescentes, ya que, a estos, a diferencia del resto de los niños y niñas más pequeños, los citan a audiencia reservada o les permiten estar presentes en la audiencia en que se adopta la decisión, como constatan los resultados de este estudio.

En particular, conforme a los resultados obtenidos en este estudio, la edad es un factor determinante en la concreción de dos requisitos de la dimensión de involucramiento de los NNA en los procesos judiciales protectores: (i) influye en si los profesionales logran conocer la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso, ya que, recurrentemente, los/as jueces/zas determinan si escuchar o no personalmente al NNA dependiendo de la edad que tengan y si consideran que es suficiente para darse a entender (apartado 6.2.1.a) y (ii) influye en la concreción de la presencia del NNA al momento en que se dicta la decisión, ya que los/as

jueces/zas presentan una tendencia favorable a permitir la asistencia de adolescentes a la audiencia decisoria (apartado 6.4.1.b).

7.5. El rol central pero indefinido del curador ad litem para alcanzar el involucramiento del NNA

Los resultados expuestos (6.2.1, letras a y c) constatan que, dentro de la dimensión de involucramiento de la participación significativa, el curador ad litem es especialmente esencial en el requisito que exige que los profesionales tomen conocimiento de la opinión del NNA sobre las posibles decisiones y la decisión finalmente adoptada, dado que representa al NNA en el juicio, debiendo transmitir sus opiniones al tribunal.

Esto fue destacado también en el estudio de Lauri et al. (2020, p. 218), en el que los NNA sugirieron que para lograr su participación significativa en el proceso proteccional lo más importante es que exista una comunicación directa y personal de aquellos con los profesionales, de tal forma que la regla general no sea la participación mediada del NNA, es decir, a través de la solicitud de información a terceros sobre la opinión del NNA, sino, la participación directa del NNA en el proceso proteccional.

No obstante –y dejando de lado el problema de la designación excepcional de curadores ad litem que es abordado en el apartado 7.9.1–, uno de los problemas constatados que impacta el conocimiento por parte de los profesionales de la opinión del NNA es el rol que adopte el curador ad litem: como defensor del interés superior del NNA o de su interés manifiesto (apartado 6.2.1.c).

En este sentido, los estudios indican que el grado de involucramiento de un NNA en un tribunal puede depender de la calidad del abogado que se le ha asignado y del compromiso de ese abogado con el rol que debe cumplir: una representación legal ineficaz en el tribunal puede socavar la participación de los niños, mientras que una representación legal efectiva puede ayudar a los niños a que se escuchen sus deseos y opiniones (Kriz y Roundtree-Swain, 2017, p. 38).

Si el curador es defensor del interés superior del niño, los hallazgos de la presente investigación muestran que aumenta la probabilidad de que las opiniones del NNA sobre las medidas de protección pasan a un segundo plano en cuanto a su peso para la decisión del caso, llegando incluso, en algunos casos, a no ser conocidas por el tribunal (apartado 6.2.1, letra c), como también lo advierte el estudio de Estrada (2019, pp. 60-70).

En este sentido, Bruce (2014, p. 519) destaca las formas en que los abogados de NNA filtran e interpretan su opinión en lugar de presentarla en su forma pura. Sobre la revisión de informes y relatos verbales dentro de las dos revisiones de

expedientes protectores, indica que no siempre estaba claro si lo que se presentaba era en realidad la opinión del niño o no y, de hecho, su perspectiva podría filtrarse de las siguientes maneras: interpretado a través del punto de vista de otra persona; lo que la persona cree que el niño opina; una opinión que fue expresada anteriormente por el niño, pero ahora puede estar desactualizada o no haber sido expresada en absoluto. (Bruce, 2014, pp. 519 y 520).

Los resultados muestran que la duda sobre el rol la padecen los propios curadores ad litem, por lo que ellos mismos sugieren que esto demuestra la necesidad de claridad y comprensión de los roles y el cometido de la defensa de la protección de la infancia, como constata también el estudio de Sanders y Mace (2006, pp. 103 y 104).

7.6. Importancia de las habilidades comunicacionales y psicosociales de los profesionales

Diversos estudios constatan que la falta de habilidades de los profesionales para establecer relaciones y comunicarse con NNA en los procesos protectores representa una barrera para su participación (Kriz y Roundtree-Swain, 2017, p. 34; Sanders y Mace, 2006, p. 103).

Los resultados revelan que la falta de habilidades comunicacionales y psicosociales de los jueces impacta especialmente en la concreción del requisito de la dimensión de involucramiento sobre la presencia del NNA en el momento que se dicta la decisión. Esto, porque ante el riesgo de que los jueces/zas no cuenten con las herramientas necesarias para comunicar una decisión considerada difícil y dolorosa para el NNA se opta por prescindir de su presencia en la audiencia decisoria (apartado 6.4.2.c).

Los exusuarios entrevistados, al igual que la investigación de Lauri et al. (2020, p. 220), advierten que no todos los profesionales con que interactuaron en el proceso protectoral sabían cómo hablar con un NNA. En este sentido, Bruce (2014, pp. 520 y 521) identificó un sentimiento de inseguridad en los trabajadores del sistema de protección sobre cómo comunicarse con NNA, recalando que la base de la solución a este problema es que los profesionales sean honestos respecto a las razones por las cuales a veces no buscan la opinión del NNA, reconociendo la incertidumbre sobre sus propias habilidades y capacidades en vez de eludir la tarea o negar sus derechos al niño.

Siguiendo lo señalado, el Comité de los Derechos del Niño el año 2018 observó al Estado de Chile que la mitad de los funcionarios que ejercen sus labores en el sistema de protección a la infancia manifestaron no haber recibido adiestramiento

específico sobre habilidades comunicacionales y psicosociales para interactuar adecuadamente con NNA, constatando lo que sigue:

Los jueces tienen encomendada la adopción de todas las medidas de protección, desde las ambulatorias a las residenciales. Pero no tienen un conocimiento preciso de los recursos alternativos a la internación, ni el tiempo necesario para el estudio de cada caso individual, ni la capacitación para saber cuál es la medida social más adecuada para cada NNA. Los tribunales tienen poco personal especializado de apoyo (CRC, 2018, pp. 18 y 19).

A pesar de esta deficiente realidad, en los resultados de la presente investigación destacan los diversos métodos que han implementado algunos profesionales del sistema judicial proteccional para comunicarse adecuadamente con los NNA, conocer sus opiniones y poder admitir su presencia excepcional en las audiencias donde se adopta la decisión, ya sea en junto al resto de los intervinientes o en una instancia separada (apartados 6.1.1.h y 6.4.3).

Los resultados obtenidos en este y otros estudios (Khoury, 2006) constatan que, según los entrevistados, los jueces son los intervinientes del proceso judicial proteccional que poseen menos habilidades comunicacionales y especialización en asuntos biopsicosociales, siendo los consejeros técnicos los mejor evaluados en estas capacidades (apartado 6.2.2.a).

El autor Francisco Estrada ha sido uno de los curadores ad litem y académicos que más aportado al estudio de las capacidades requeridas por los profesionales que intervienen en procesos judiciales proteccionales, proponiendo un listado no taxativo de nueve desarrollos teóricos extrajurídicos mínimos que cualquier operador jurídico del sistema proteccional, –y de familia en general probablemente, en su opinión– debe manejar en un nivel básico (Estrada, 2019, p. 79).

En relación a este punto, cabe tener presente que el 4 de agosto de 2021 el Poder Judicial publicó la «Política de Efectivización de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) del Poder Judicial» (Poder Judicial, 2021), que tiene por objetivo generar lineamientos que permitan guiar y orientar, de manera sistemática y organizada, el proceso de transformación institucional del Poder Judicial hacia un modelo que garantice el pleno respeto y la promoción de los derechos del NNA en línea con los principios de la Convención de los Derechos del Niño.

Dado que la finalidad de esta es la generación de políticas internas del Poder Judicial que hagan más efectivos los derechos de los NNA en los tribunales, el eje 4 de «Participación de NNA» busca integrarlos en el diseño de aquellas políticas, dado que son sujetos de derechos y usuarios finales del sistema. Así, la participación en estas instancias institucionales permitiría identificar correctamente sus necesidades y realizar las modificaciones adecuadas.

Por lo señalado, la política de efectivización no tiene como objetivo el impacto directo en las prácticas judiciales, sino que pretende generar directrices, protocolos e instrumentos internos que luego, a largo plazo, mejoren el ejercicio de los derechos de los NNA en los tribunales de justicia.

No obstante, el eje 1 de «Promoción de derechos» contempla, en su sub-eje «Especialización», iniciativas dirigidas a capacitar a jueces, juezas, funcionarios y funcionarias de tribunales, que trabajen en materias vinculadas a infancia y adolescencia y/o traten directamente con NNA, especialmente a los miembros de los tribunales con competencia en materia de familia y de tribunales penales. Las acciones planificadas para ello son (i) capacitación en lenguaje claro y sencillo y (ii) capacitación a jueces/zas y funcionarios/as en ejecución de entrevistas a NNA (Poder Judicial, 2021, p. 38).

También, en el eje «Recursos», se establece la creación de un perfil de juez y jueza de familia especializado en temáticas de infancia y adolescencia, con la finalidad de promover la efectiva protección y resguardo de los derechos de los NNA, como asimismo de otros cargos que por sus funciones requieran especialización (Poder Judicial, 2021, p. 94).

Finalmente, el eje 4 «Normativo» contempla, a largo plazo, que la Secretaría Técnica de Infancia y Adolescencia del Poder Judicial genere un protocolo para que NNA sean escuchados por el juez en la audiencia (Poder Judicial, 2021, pp. 68 y 71).

De esta forma, se busca garantizar el derecho a ser oído de los NNA, elaborando un protocolo para ser aplicado en las unidades judiciales, con base en un diagnóstico considerando la realidad local de cada unidad judicial. Indica que se debe tener en consideración en la elaboración de estos protocolos aquellos autos acordados que permiten actualmente el ejercicio de este derecho, a saber, en sede de familia, el Acta N° 237-2014, Auto Acordado que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del Derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en tribunales con competencia en materia de familia.

Asimismo, se debe tener en consideración el «Protocolo de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables», especialmente en lo relativo al protocolo de acceso a la justicia para niños, niñas y adolescentes.

7.7. La consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial

La literatura indica que, aunque los NNA a veces sienten que se les escucha cuando hablan en las audiencias judiciales, esto no se traduce necesariamente en una influencia o consideración de sus opiniones en las decisiones proteccionales que se adoptan (Kriz y Roundtree-Swain, 2017, p. 34; ten Brummelaar et al., 2017, p. 8).

Esto constituye el indicio de un problema respecto al requisito de la dimensión de involucramiento que exige la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión judicial, que también fue constatado en los resultados del presente estudio (apartado 6.3.1.c).

Si bien los jueces entrevistados explicaron adecuadamente el ejercicio argumentativo que realizan para fundamentar una sentencia en un procedimiento proteccional considerando la opinión del NNA en ella e integrando la prueba rendida en el juicio, también constatan que lograr ese estándar de sentencia no es la regla general (apartado 6.3.1.b).

Al parecer las dificultades no las encuentran en la argumentación jurídica, sino en la integración a la sentencia de los argumentos biopsicosociales y del relato y la opinión del NNA sobre el caso y las posibles decisiones (apartado 6.3.2.d). Este ejercicio, por razones disciplinares, le resulta más fácil a los consejeros técnicos, que advierten la debilidad de los jueces respecto a considerar la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia (apartado 6.3.1.e).

Según los profesionales, otra de las causas de este problema es la rotación de jueces que opera en los Tribunales de Familia, ya que debido al cambio constante de causas revisadas no logran tomar pleno conocimiento de la perspectiva del NNA y los elementos biopsicosociales que la componen, para ponderarla adecuadamente en la sentencia junto al resto de la prueba rendida (apartado 6.3.2.f).

Uno de los mayores inconvenientes expresados por los jueces, que obstaculizaría su ejercicio argumentativo para considerar la opinión del NNA en la sentencia, es que la audiencia reservada no constituye un medio probatorio y, además, posee el carácter de reservada. Debido a esta cualidad de la audiencia y al riesgo de victimizar secundariamente al NNA los jueces tienen reticencia a mencionar las opiniones del NNA en el razonamiento jurídico del fallo (apartado 6.3.2.a).

Respecto a este punto, como se observa en los hallazgos y en la literatura jurídica, la audiencia reservada no constituye un medio de prueba, sino un trámite procesal que efectiviza el derecho del niño a ser oído. La naturaleza de la audiencia reservada como trámite procesal mediante el cual se ejercita un derecho no se pone crítica por los profesionales, pero advierten el inconveniente que les genera su particular naturaleza y reserva para considerar la perspectiva del NNA en la fundamentación de la sentencia.

En la práctica judicial chilena la audiencia reservada se ha convertido en una caja negra donde solo los intervinientes que están presente conocen su contenido, que queda reservado en un audio que no forma parte del expediente judicial (Fuentes y García, 2015). La confidencialidad de la audiencia reservada no estaba consagrada legalmente, sino que emanaba de la recomendación de la Observación General

N°12 que indica que “es preferible que el niño sea escuchado en condiciones de confidencialidad” (p.12) y, además, de la ponderación entre el derecho del niño a ser oído y el resguardo de su interés superior.

Esta situación ha cambiado recientemente, ya que la Ley N°21.430 consagró en el inciso primero del artículo 28 que en el ejercicio del derecho del NNA a ser oído en todo proceso que afecte sus intereses se resguardarán las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación.

La obligación del juez de dar lineamientos generales del contenido de la audiencia reservada en la fundamentación de la decisión y la dificultad que acarrea esta tarea en la práctica judicial ha sido constatado por diversos autores (Carretta, 2019), que ven en una argumentación judicial insuficiente el riesgo de vulnerar algo más que solo el derecho a la participación significativa del NNA (Lovera, 2008). Incluso, otros autores han ido más allá, hablando de la insatisfactoria aplicación de la teoría de la prueba al proceso de familia a la luz del aumento de facultades entregadas a los Tribunales de Familia en época reciente (Ezurmendia, 2020).

Carretta (2019) se aproxima a una solución utilizando el sistema legal vigente. Propone encontrar una modalidad en que la audiencia del NNA pueda ser integrada en alguna medida al expediente judicial, de tal forma que cumpla con la discreción de su la opinión NNA, pero también con los estándares del debido proceso.

Para lograr una consideración adecuada de la perspectiva del NNA, Lovera plantea potenciar el derecho a la participación autónoma de los NNA en los procesos judiciales para la expresión de sus opiniones sobre la eventual decisión y mejorar el razonamiento vinculado de dicha opinión con la prueba técnica aportada (Lovera, 2008, pp. 53-56). Como se observa en los resultados presentados (apartados 6.3, letras b y d), en este mismo sentido se manifestaron los profesionales entrevistados del presente estudio.

Solo a modo de ejemplo, el caso español resulta interesante. Si bien el diseño legal del derecho a ser oído es similar en el sentido de que otorga la facultad al juez de desestimar o prescindir de la escucha del NNA, es, a la vez, muy distinto en cuanto regula exhaustivamente diversos aspectos de la audiencia de exploración del menor, tales como el procedimiento y las motivaciones que debe verter el juez para definir la procedencia de la audiencia (artículo 19, párrafo tercero, de la Ley de protección jurídica del menor de España¹⁴).

¹⁴ Establece como requisito sustancial que la denegación de comparecencia del menor o de su representante se decrete en una resolución motivada en el interés superior del NNA. Como requisito procesal ordena que dicha resolución debe ser comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión.

Ahora bien, en España, respecto a la integración de la audiencia de exploración al expediente, el Letrado de la Administración de Justicia tiene la obligación legal de levantar un acta con los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, que refleje las manifestaciones del NNA imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. A su vez, si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se da traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días. Finalmente, tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deben valorar motivadamente la exploración practicada¹⁵.

La integración de un acta acotada de la audiencia de exploración del menor –o audiencia reservada del NNA en Chile– como actuación procesal promueve fuertemente la consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia, como también el cumplimiento de los principios del debido proceso.

El acta de la audiencia reservada del NNA podría constituir el reflejo procesal documentado del derecho a ser oído, ya que, como proponen los entrevistados, su contenido podría ser las conclusiones biopsicosociales extraídas del relato del NNA –que ya se transparentan en el juicio mediante las apreciaciones de la consejería técnica y los informes periciales– y las opiniones que el NNA autorice sean explicitadas (apartados 6.3.3.c).

7.8. Las dificultades en la audiencia reservada

El presente estudio arrojó un alto número de problemas asociados a la ejecución de las audiencias reservadas, desde su baja cantidad de realización, la desigualdad calidad entre ellas, la falta de seguimiento y evaluación para su mejora, entre otras circunstancias.

En este punto el estudio viene a reiterar los hallazgos ya evidenciados en la propia literatura chilena (Salum et al., 2015; Fuentes, 2015; Lepín y Lama, 2020 y Carreta y García-Quiroga 2021). En este sentido, resulta importante destacar la persistencia de estos problemas que repercuten directamente en el cumplimiento de los requisitos de la dimensión de involucramiento de los NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, obstaculizando especialmente los requisitos sobre el conocimiento de la opinión del NNA respecto a las posibles decisiones del caso y la consideración de la perspectiva del NNA en la

¹⁵ Disposición final decimoquinta de la Ley de protección jurídica del menor de España, que se aplica a todos los procedimientos en que los intereses del menor se vean afectados.

fundamentación de la decisión, como se observa en los resultados (apartados 6.1.2 letras c y d; 6.2.2 letras a, b y c; y, 6.3.2 letra a).

7.9. El amplio margen de discrecionalidad del juez de familia en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección

Entre los problemas expuestos sobre la participación en general encontramos que los/as jueces/zas de los Tribunales de Familia tienen un amplio margen de acción en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, especialmente respecto a dos temas: la designación del curador ad litem (6.1.2 letra f) y la dirección de la audiencia reservada (6.1.2 letra c).

Este margen de apreciación abierto de los/as jueces/zas forma parte del diseño del sistema judicial familiar en Chile, sin embargo, al igual que estudios anteriores, los entrevistados constataron que aquel no promueve el involucramiento de los NNA en los procesos judiciales, sino que, incluso, en algunos casos, lo limita.

En los siguientes apartados se analizan los dos temas de debate que reflejan las facultades discrecionales que poseen los/as jueces/zas de familia y que entorpecen el involucramiento de los NNA en los procesos judiciales protectores.

7.9.1. La deficiente regulación de la representación judicial de NNA

De acuerdo a lo expuesto en el apartado 7.4, el rol de los curadores ad litem en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección es central, ya que mediante ellos se lleva a cabo la representación indirecta de los NNA en el juicio y son quienes pueden transmitir en mayor medida al tribunal sus opiniones y deseos.

Ahora bien, el artículo 19 de la Ley N°19.698, que creó los Tribunales de Familia, no estableció la curaduría ad litem como la modalidad de representación obligatoria de NNA, sino que consagró la representación del NNA ante los Tribunales de Familia en un sentido laxo. Así, los dos primeros incisos del artículo referido rezan:

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.

Según lo dispuesto en la norma transcrita, en principio, el representante del NNA en el juicio es su representante legal, que, conforme al artículo 43 del Código Civil podría ser uno o ambos progenitores, el adoptante o su tutor. Solo en el caso que el NNA no cuente con representante legal o cuando sus intereses sean independientes o contradictorios con los de su representante legal el juez le designará curador ad litem.

El inciso cuarto del mismo artículo establece, como garantía para esta designación, que de la falta de designación del curador ad litem podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo (a saber, la Corporación de Asistencia Judicial o cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos) o cualquier persona que tenga interés en ello.

En síntesis, el hecho de que el NNA cuente con curador ad litem en alguna fase del proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección es una decisión que evalúa el juez en cada caso concreto, debiendo evaluar si concurren los supuestos de falta de representante o de intereses independientes o contradictorios.

Si bien en el artículo el uso del vocablo “deberá” podría interpretarse como que el/la juez/a tiene la obligación de designar curador/a ad litem si es que concurre alguno de los supuestos, los estudios han constatado que aquello no se concreta en la práctica, ya que los jueces no siempre fundamentan adecuadamente la negación de curador ad litem y sustentan sus decisiones sobre este asunto en razones muy disímiles (Estrada, 2019, pp. 22-24).

Siguiendo a Couso en este punto (2006, p. 158), el derecho a la defensa técnica de los niños en Chile se encuentra regulada y, además es aplicada, de manera defectuosa, ya que la potestad del juez de designar curador ad litem cuando concorra el supuesto de intereses contradictorios o independientes, olvida que los NNA son partes, de una manera u otra, del proceso judicial, y que, en cualquier caso, requieren estar representados en un proceso que los afectará, especialmente si se discute la aplicación de medidas de protección que afectarán intensamente sus vidas.

Los resultados de este estudio arrojan que, en la práctica, lograr la designación por parte del/de la juez/a de curador/a ad litem muchas veces es complejo, lo cual obstaculiza el involucramiento adecuado del NNA en el proceso judicial. Esto, debido especialmente a que la redacción del artículo 19 antes citado es lo suficientemente ambigua como para que el juez prescinda de esta figura con extrema facilidad, aunque también lo suficientemente amplia como para que el juez pueda designar un curador para todos los casos.

La nueva Ley N°21.430 otorga un desarrollo más acotado del derecho de los NNA a la representación jurídico y/o judicial. El artículo 50, consagrando el derecho al debido proceso, dispone el derecho del NNA a una representación jurídica y/o

judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales, o de quienes los tengan legalmente bajo su cuidado, en caso de intereses incompatibles.

7.9.2. Control del juez sobre la audiencia reservada

Por otro lado, el juez también tiene un amplio margen de discrecionalidad para decretar la realización de la audiencia reserva de un NNA e, incluso, para tomar medidas sobre la forma en que se llevará a cabo y el lugar (6.1.2 letra c). Este margen de acción amplio del juez se debe a la desregulación de la instancia, que emana del derecho del niño a ser oído establecido en el artículo 16, inciso 2° de la Ley que crea los Tribunales de Familia, y, específicamente, en el artículo 69 de la Ley de Menores para las causas sobre aplicación de medidas de protección.

La audiencia reservada como instancia procesal propiamente tal no se encuentra establecida en el ordenamiento de familia, como tampoco encontramos a nivel legal una regulación de su procedimiento en particular (Lepin, 2020, p. 783).

A nivel administrativo existe el «Manual del Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia» del Poder Judicial, publicado el año 2015, sin embargo, este instrumento no tiene fuerza obligatoria por ser un documento interno que solo contiene orientaciones para los profesionales que deben escuchar a NNA en los procedimientos judiciales de los Tribunales de Familia.

Si bien sorprende la desregulación de la audiencia reservada –que es por antonomasia la instancia procesal en que el NNA ejerce su derecho a ser oído–, este vacío legal responde al diseño del derecho del niño a ser oído en el ordenamiento de familia chileno, que lo consagra como principio rector, sin sanción alguna frente a su incumplimiento y otorgando un amplio margen de discrecionalidad al juez para su concreción.

La literatura jurídica ha explicado el débil diseño chileno sobre el derecho del niño a ser oído y su escasa verificación en la audiencia reservada analizando dos puntos en particular: la discusión sobre la naturaleza jurídica del derecho a ser oído y sobre el carácter de trámite esencial o no de la audiencia reservada.

En primer lugar, se discute la naturaleza jurídica del derecho a ser oído para definir si se trata de un principio o de un derecho subjetivo, y, así, determinar su grado de obligatoriedad, interpretación y modo de aplicación en los casos concretos.

En términos generales se puede decir que derecho subjetivo es la facultad para exigir el cumplimiento de una norma, en cambio, los principios son normas jurídicas que tiene una textura abierta, que dan una orientación clara y precisa al juez para resolver un conflicto sometido a su conocimiento (Lepin, 2014, p. 13). Reconocer el derecho del niño a ser oído como un derecho, implica reconocer la facultad del NNA de ser parte de la decisión que se tome respecto de su persona o intereses y poder exigirlo, obligando al juez a generar el espacio y la oportunidad para que los niños

participen en el proceso judicial. Por el contrario, considerarlo un principio implica que se trata de una norma jurídica que entrega un mandato de optimización que orienta al juez de familia en la resolución del caso concreto.

Sobre esto, el artículo 12 de la CDN señala expresamente se trata de un “derecho” y la Observación N° 12 del Comité de Derechos del Niño, reafirmando su calidad de derecho, amplía su utilidad señalando que también debe tenerse en cuenta como un principio o valor fundamental para interpretar y aplicar los demás derechos¹⁶.

Por el contrario, la legislación de familia chilena¹⁷, si bien ocupa el vocablo «derecho», lo define explícitamente como un principio rector que orienta la labor del juez, despojándolo de su condición de derecho subjetivo exigible (Carretta, 2018a, 409; Lepin y Lama, 2020, p. 781).

La configuración del derecho a ser oído como un principio debilita el desarrollo normativo más detallado y la exigibilidad de la prerrogativa, otorgando mayor margen de apreciación a los/as jueces/zas de familia para determinar cómo se debe ejercer y aplicar en el caso concreto.

En segundo lugar y desde una perspectiva procesal, se ha discutido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente el carácter de trámite esencial de la audiencia reservada, ya que, en algún sentido, el hecho de que normativamente la audiencia no se consagre como un trámite procesal esencial y, por tanto, indispensable del proceso judicial de familia, amplía el margen de discrecionalidad de los/as juez/as para decidir si procede su realización en un procedimiento o no.

Sobre este tema, Carretta (2018a) distingue entre la “esencialidad del derecho a ser oído” –que se encuentra fuertemente asentada–, y la “esencialidad del trámite de la audiencia reservada” –que no está consagrado legalmente, pero ha tenido reconocimiento jurisprudencial, aunque escaso–. Indica que los jueces, con la loable

¹⁶ Observación General N°12, p. 5, núm. 2: “El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio **constituye uno de los valores fundamentales** de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (“el Comité”) ha señalado el art. 12 como uno de los cuatro **principios generales** de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos” (destacado agregado).

¹⁷ Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Art. 16, inciso 2°: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y **su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal** en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. (...)” (destacado agregado).

intención de proteger a los NNA, expanden la esencialidad del derecho a ser oído a la realización de la audiencia reservada, no obstante, de la valoración sustantiva del derecho a ser oído como uno de carácter esencial, no se sigue necesariamente que aquello sea considerado del mismo modo en el ámbito procesal con el instrumento adjetivo que importa la audiencia reservada.

El autor lo explica del siguiente modo: “[s]i los trámites fundamentales no se cumplen, el ordenamiento ha previsto una sanción específica: la nulidad. No sucede así para la determinación del ejercicio del derecho del niño a ser oído, el cual está impregnado de condiciones subjetivas, siendo una de ellas: la difícil cualificación de la madurez del menor. Si esa condición no concurre, la ley no previó el efecto de la nulidad establecido para la ausencia de cualquier gestión adjetiva esencial, como el término probatorio en estos procedimientos. En realidad, tratándose dicho cometido de una facultad, como se pretende demostrar aquí, el ordenamiento jurídico no estableció ninguna consecuencia. Por ello, no puede haber una transmisión de la cualidad inherente del derecho de fondo al acto procesal donde ese derecho se ejecuta, si una norma no lo dispone expresamente.” (Carretta, 2018a, p. 414). Concluye que la audiencia reservada no es un trámite esencial, dado que el juez posee la facultad de citarla solo si considera que concurren los supuestos reglados.

En contraste, otros autores como Núñez y Cortés (2012, p. 367), defienden la tesis de la esencialidad de la audiencia reservada. Estos señalan que si se omitiera o negare la realización de una audiencia reservada, la adopción de la opción que establece dicha audiencia como trámite esencial abre la posibilidad de interponer un recurso de casación en la forma o un recurso de apelación, pudiendo ser revisados por el tribunal superior los argumentos dados por el/la juez/a de primera instancia para omitir o negar la audiencia reservada.

Podemos concluir que la discusión sobre la esencialidad del trámite de la audiencia reservada es reflejo de su deficiencia regulatoria, ya que pretende disminuir el margen de discrecional entregado al juez respecto a su procedencia en el proceso judicial.

La nueva Ley N°21.430 no desarrolló en mayor medida la audiencia reservada, sino, más bien, estableció lineamientos generales que podrían impactar en la forma en que se lleva a cabo la audiencia reservada, tales como discreción, seguridad, adecuación de medios, apoyos y lenguaje claro (artículo 28). La oportunidad de regular más detalladamente la audiencia reservada y ajustarla a estándares de debido proceso, aclarando su naturaleza, procedimiento y forma de agregación al proceso judicial quedó entregada a la adecuación normativa de la Ley N°19.968, conforme dispone el artículo transitorio cuarto de la Ley N°21.430.

Finalmente, cabe señalar que la Ley N°21.430 –manteniendo el procedimiento de protección judicial para ciertos supuestos–, crea el procedimiento de protección administrativa, disponiendo que en aquel el niño, niña o adolescente cuya situación

sea o pueda ser afectada por la decisión del órgano administrativo tiene el derecho de intervenir en cualquier estado y grado del proceso para expresar su opinión y deseos en un ambiente adecuado, pudiendo hacerse acompañar por una persona de su confianza (artículo 72 N°5). La regulación de la audiencia reservada en sede administrativa no ofrece mayor regulación de la instancia, por lo que, en principio, adolece de los mismos vacíos que su símil judicial.

7.10. La sobrecarga laboral como factor externo negativo para el involucramiento

Si bien las limitaciones organizativas y de gestión podrían ser consideradas un obstáculo de menor complejidad, son, a la vez, señaladas en diversos estudios como las razones más recurrentes que dificultan el ejercicio del derecho a la participación por parte de NNA en los procesos protectores (Toros, 2011; Alfandari, 2017; Oppenheim-Weller et al., 2017 y Rap et al., 2019).

La falta de tiempo por saturación laboral de las instituciones que deciden medidas protectoras representa una barrera externa importante para la participación de los NNA en esos procesos (Kriz y Roundtree-Swain, 2017, p. 34), ya que limita las posibilidades de mejorar la dimensión de involucramiento de los NNA en el proceso judicial protector.

Así se constata en los resultados de este estudio cuando todos los profesionales entrevistados afirman que la sobrecarga laboral de los Tribunales de Familia constituye un serio obstáculo para la concreción de cada uno de los requisitos del involucramiento de los NNA en los procesos judiciales protectores (apartados 6.1.2.j, 6.2.2.c, 6.3.2.e, 6.4.2.d y 6.5.2).

8. RECOMENDACIONES

Hecho el análisis de los resultados del estudio, y, tomando en consideración especialmente las mejoras propuestas por los entrevistados, este capítulo tiene por objetivo entregar una aproximación de recomendaciones para mejorar la concreción de la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales proteccionales, clasificadas en dos tipos.

En primer lugar, se expone un conjunto de mejoras transversales que impactan todo el sistema proteccional de niñez y adolescencia chileno y, por tanto, también la dimensión de involucramiento de los NNA en esos procesos judiciales. En segundo lugar, se describen recomendaciones centrales por cada uno de los requisitos de la dimensión de involucramiento de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección en Chile.

8.1. Recomendaciones transversales

Las mejoras que se proponen a continuación son transversales por tener el potencial de impactar positivamente no solo a favor de la concreción de los tres requisitos para el involucramiento de NNA en los procesos judiciales proteccionales, sino también en todo el sistema proteccional de niñez y adolescencia chileno.

8.1.1. Transitar hacia un sistema de protección administrativo y excepcionalmente judicial

El informe del Comité de los Derechos del Niño del año 2018 advirtió tajantemente y como una preocupación urgente la excesiva judicialización del sistema proteccional chileno de NNA. Indica que los sistemas administrativos, integrados por personal con formación especializada resultan más eficaces para realizar el seguimiento preventivo de los NNA en situación de riesgo, así como para sustanciar el proceso de decisión de la medida de protección y aplicarla de manera más adecuada a las características de cada NNA, teniendo el conocimiento y la flexibilidad necesaria para proponer la creación de aquellas medidas que no existan. No obstante, advierte lo indispensable de acompañar el sistema proteccional administrativo con un recurso ante los Tribunales correspondientes para oponerse y revisar las acciones del sistema administrativo (CRC, 2018, p. 19).

La literatura indica que el contexto de toma de decisiones proteccionales y la cultura organizacional afectan la medida en que los niños pueden participar del proceso. La investigación de Vis y Fossum (2015) demostró que los contextos altamente formalizados –como lo es el judicial (Kriz y Roundtree-Swain, 2017, p. 34)–, donde

se emplea un lenguaje técnico-formal y el diseño de los espacios es rígido y serio, son una barrera organizacional a la participación de los NNA. Los niños de aquel estudio describieron las reuniones de revisión de casos en las que participaron como intimidantes, tediosas, estresantes, incómodas y opresivas.

Por las razones expuestas, y teniendo en cuenta la sobrecarga laboral que experimentan actualmente los Tribunales de Familia, resultaba recomendable descongestionarlos diseñando, implementado y evaluando un sistema administrativo especializado que gestione la determinación y aplicación de ciertas medidas de protección, que pueda, a su vez, otorgar un servicio más especializado con profesionales con habilidades psicosociales en el ámbito proteccional y garantice el adecuado involucramiento de los NNA en el proceso de toma de decisión.

En esta línea avanzó la Ley N°21.430 al crear un nuevo Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia en que el área de protección especial de derechos es de carácter mixto, es decir, puede verificarse en un contexto administrativo –a través de las Oficinas Locales de la Niñez– o en un contexto judicial –mediante los Tribunales de Familia– de acuerdo con las funciones y competencias señaladas en la ley.

Este nuevo diseño institucional permitirá, en principio, despejar la carga laboral de los Tribunales de Familia en cuanto a los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, abriendo la oportunidad de mejorar el ejercicio y la concreción de los derechos de los NNA en esa instancia, entre los cuales se encuentra el derecho a la participación y la dimensión de involucramiento del NNA, en particular.

8.1.2. Promover y fortalecer el enfoque de derecho y la especialización profesional

La promoción y el fortalecimiento en los profesionales del sistema judicial proteccional del enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia es una recomendación estructural de largo plazo. Profundizar este enfoque permitirá aclarar preconcepciones sobre la victimización secundaria y las supuestas incapacidades de los niños y niñas de corta edad, reforzar la obligatoriedad de ofrecer la instancia de participación directa a los NNA y de designar curador ad litem, entre otros temas que obstaculizan el involucramiento de los NNA en los procesos judiciales proteccionales.

Cabe tener presente que este desafío ya fue adoptado por Chile el año 1990 con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, que consagra el enfoque y el reconocimiento de los NNA como sujetos de pleno desarrollo físico, mental y social, con derecho a expresar libremente sus opiniones.

En este mismo sentido se manifestó el Comité de los Derechos del Niño en las últimas Observacionales de Chile publicadas (2022, p.4), al recomendar que se vele para que todos los profesionales pertinentes, incluidos jueces, que trabajan con y para NNA, reciban sistemáticamente formación adecuada sobre el derecho del niño a ser escuchado y a tener su opinión en cuenta de acuerdo con su edad y madurez.

A esta mejora, debe agregarse el fortalecimiento de la especialización de los profesionales que intervienen en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección, especialmente de los jueces y los curadores ad litem (Khoury, 2006, p. 155).

Respecto de todos los profesionales, aunque poniendo especial atención en los jueces, se recomienda implementar capacitaciones teóricas y prácticas sobre habilidades comunicacionales con NNA, para que mejore su dominio en métodos comunicacionales con NNA de distintas edades, manejo de crisis, entre otros tópicos relacionados y necesarios en un proceso judicial proteccional.

Además, sería conveniente fomentar la especialización de los jueces de familia en conocimientos biopsicosociales para que estos elementos sean integrados en la argumentación jurídica de la sentencia, puesto que, si bien los jueces entrevistados manifestaron conocer un método argumentativo adecuado, la particularidad interdisciplinaria de las controversias proteccionales implican un desafío mayor.

A parte de la capacitación extralaboral, los resultados muestran la necesidad de crear en los Tribunales de Familia instancias laborales internas de retroalimentación y aprendizaje conjunto entre jueces y consejeros técnicos, constituyendo estos últimos profesionales una capacidad ya instalada en todos los Tribunales de Familia.

Finalmente, los hallazgos relevan la importancia de realizar un plan de evaluaciones institucionales periódicas que permitan monitorear el impacto que han tenido las acciones de especialización en el involucramiento de NNA en los procesos judiciales proteccionales, enfocándose especialmente en la cantidad y la calidad de las audiencias reservadas.

8.1.3. Creación de un recurso que garantice el involucramiento de NNA en los procesos judiciales

Actualmente las resoluciones de todos los procedimientos judiciales de familia –lo cual incluye los de aplicación de medidas de protección– son impugnables a través de los recursos que establece el Código de Procedimiento Civil, con ciertas particularidades dispuestas respecto al recurso de reposición, al recurso de apelación y el recurso de casación en la forma (artículo 67 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia).

Ahora bien, los recursos procedentes contra resoluciones que vulneren o nieguen alguno de los requisitos de la dimensión de involucramiento de los NNA varían según el tipo de requisito que se trate.

Si el reclamo del recurrente se funda en la negativa del tribunal para escuchar la opinión del NNA o para autorizar su presencia en la audiencia en que se adopta la decisión, la parte recurrente podría interponer un recurso de reposición, que tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que dictó la resolución que la modifique o la deje sin efecto. Sin embargo, obtener una resolución distinta del mismo tribunal parece, en principio, complicado.

Esta dificultad para reclamar contra sentencias definitivas dictadas haberse llevado a cabo la audiencia reservada del NNA, explica la estrategia de algunos abogados/as a que interpusieron recursos de casación en la forma argumentando que la audiencia reservada era un trámite esencial del procedimiento, la cual es una de las causales por las que procede dicho recurso. El argumento de considerar la audiencia reservada como un trámite esencial del procedimiento fue acogido por algunas Cortes de Apelaciones y por la Corte Suprema en ciertos casos, aunque no se encuentra exento de críticas, como se expuso en el capítulo anterior (apartado 7.9.2).

Por otro lado, si el agravio –entendido como una resolución desfavorable para una de las partes que le causa lesión o perjuicio– es causado por la no consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la sentencia, podría interponerse un recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

Finalmente, siempre sería siempre posible interponer un recurso de casación en el fondo contra las resoluciones que dispone el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, siempre cuando se argumente que fueron pronunciadas con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, lo cual podría tener relación con no consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la resolución.

Ahora bien, en una nueva regulación de la participación del NNA, más robusta y garantista, y, específicamente que considerara los requisitos de la dimensión de involucramiento, se recomienda establecer que las resoluciones que se pronunciaran sobre la procedencia o no de la audiencia reservada del NNA fuesen susceptibles de impugnarse mediante recurso de apelación, o, por lo menos, susceptible de recurso de reposición, con apelación en subsidio. Este diseño recursivo garantizaría que las motivaciones judiciales sobre la procedencia o no de las audiencias reservadas puedan ser revisadas por un tribunal superior.

A su vez, la regulación podría establecer que, una vez que se encuentre firme la resolución que declara la procedencia de la audiencia reserva, esta última se convierte en un trámite esencial del procedimiento, siendo posible interponer un

recurso de casación en la forma en el caso que se dicte sentencia definitiva obviando su realización.

Uno de los aspectos positivos de la nueva Ley N°21.430 es que dentro del procedimiento de protección administrativa crea la «Acción de reclamación por ilegalidad». Esta acción judicial se interpone ante la Corte de Apelaciones correspondiente cuando se desee reclamar contra actos ilegales o arbitrarios de la Oficina Local de la Niñez, ocurridos en el proceso de protección administrativa, que infringen los derechos y las garantías de los NNA dispuestos en la ley.

Del diseño de la acción judicial establecida destaca la amplitud de la causal que la hace procedente (actos ilegales o arbitrarios), dentro de la cual sería perfectamente plausible que cupiera la omisión o negación de la audiencia reservada, el desconocimiento de la opinión del NNA por parte del Tribunal o la falta de consideración de su perspectiva en la fundamentación de la sentencia.

Sin embargo, la acción solo procede ante procedimientos protectores administrativos y no así en sede judicial. Será la adecuación normativa de la Ley N°19.968 la que tendrá la oportunidad de subsanar la inexistencia de un mecanismo procesal que garantice el derecho del NNA a participar individualmente en los procesos judiciales que lo afecten, lo cual, en cualquier caso, comprende su involucramiento en los procesos judiciales protectores.

8.1.4. Regulación de la participación significativa de NNA en los procesos judiciales

Es central la existencia de una regulación clara y más exhaustiva de la participación de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, que abarque las tres dimensiones de la participación significativa. En concordancia con el objetivo de esta tesis, se desarrollan a continuación las recomendaciones para la dimensión de involucramiento de NNA en los procesos judiciales protectores.

En la misma línea que Khoury (2006, 152), en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección se recomienda que la legislación establezca una presunción a favor de la participación directa de NNA, es decir, que la realización de la audiencia reservada sea la regla, como actuación procesal general y prioritaria para la participación personal del NNA en el proceso judicial; y, excepcionalmente, el juez deba fundamentar que el NNA participará indirectamente en el proceso utilizando criterios reglados. Los criterios excluyentes deberían ser restringidos, como, por ejemplo, que el NNA no otorgue su consentimiento para participar personalmente o por razones médicas o psicológicas sustentadas en un informe técnico de un profesional del área (como exige la legislación española).

De esta forma se busca que todos los profesionales que intervienen en el proceso judicial sobre aplicación de medidas de protección tengan una regla clara sobre cuándo y cómo deben asistir los NNA a las audiencias judiciales a expresar sus opiniones, pero que, a la vez, proporcione una suficiente flexibilidad para adaptarse a las necesidades individuales de cada NNA (Khoury, 2006, p. 151). Se funda lo anterior en que mientras más orientación tengan los abogados y jueces sobre cómo involucrar a los NNA en sus procedimientos judiciales protectores, más probable es que estos tengan la oportunidad real de participar (Khoury, 2006, p. 155).

En cuanto a la necesidad de que la regulación de la participación sea mediante una reforma legal, el caso chileno actualmente lo exige porque, independiente de que la regulación actual es exigua y deficitaria, las políticas y manuales del Poder Judicial para el ejercicio efectivo del derecho del niño a ser oído que se encuentran vigentes no han surtido los efectos esperados, encontrándose aun entregadas muchas definiciones y ejecuciones de la participación del NNA a la voluntad de cada tribunal.

En cuanto a la representación judicial, sería deseable la existencia de una regulación legal que estandarice el rol y los estándares mínimos de su representación, estableciendo ciertas obligaciones mínimas –como entrevistarse personalmente con el NNA, siempre expresar el interés manifiesto del NNA al tribunal y solicitar al tribunal audiencia reservada del NNA– y capacidades formativas –conocimiento biopsicosocial, habilidades comunicacionales con NNA, entre otros– (Khoury, 2006, p. 153; Estrada, 2019).

8.2. Recomendaciones para mejorar el involucramiento del NNA en el proceso judicial protectorial

Los siguientes apartados abordan las recomendaciones centrales que se concluyen de lo expresado por los entrevistados para mejorar cada uno de los requisitos de la dimensión de involucramiento de NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección en Chile.

8.2.1. Para el conocimiento de la opinión de los NNA sobre las decisiones: designación obligatoria de curador ad litem, interés manifiesto, audiencia reservada como regla general y mejoras a su ejecución

En cuanto a la primera fase de este requisito, para el asegurar que los profesionales conozcan efectivamente la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso, los NNA que se encuentran inmersos en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección deberían contar siempre con un curador ad litem, que, como una de sus obligaciones mínimas, deba transmitir la opinión e interés manifiesto del NNA sobre las eventuales decisiones del caso. Contar con representante judicial especializado permitiría asegurar que el tribunal llegue a conocer la opinión del NNA incluso en los casos en que, excepcionalmente, no se decreta audiencia reservada.

Por otro lado, con el fin de asegurar que el NNA pueda expresar a los profesionales sus opiniones sobre las eventuales decisiones del caso es crucial que la citación a audiencia reservada se constituya como regla general, siendo la actuación procesal prioritaria para concretar diversos aspectos de la participación directa del NNA en el proceso judicial. Como se indicó en el apartado 8.1.4, la excepción sería la participación indirecta del NNA –mediante curador ad litem– y su procedencia tendría que ser debidamente fundada por el juez.

En cuanto a la audiencia reservada, se recomiendan una serie de mejoras en su ejecución:

- Regular legalmente un procedimiento mínimo de la audiencia reservada, mejorable por cada Tribunal de Familia, que garantice una conversación entre los profesionales y el NNA sobre las eventuales medidas de protección que podrían adoptarse en el caso y su parecer respecto de ellas.
- Dentro del procedimiento mínimo de la audiencia reservada, establecer una fase de preparación de la audiencia entre el juez y el consejero técnico, que contemple el conocimiento de los antecedentes del NNA, los objetivos de la audiencia y la determinación de ciertas disposiciones espaciales o herramientas y recursos comunicacionales especiales.
- Establecer que, conforme dispone el Manual del Poder Judicial sobre el ejercicio del Derecho del Niño a ser oído en los Tribunales de Familia, la audiencia

reservada sea dirigida por el consejero técnico, encontrándose siempre presente el juez y el curador ad litem, ya sea en la misma sala o en espacio adjunto en sala Gesell.

En cuando a la segunda fase de este requisito –que los profesionales conozcan la opinión del NNA sobre la decisión adoptada–, la recomendación asociada a su mejora se expondrá en el siguiente apartado, ya que se encuentra íntimamente relacionada con la presencia del NNA al momento en que se dicta la decisión.

8.2.2. Para la presencia del NNA en el momento que se adopta la decisión: notificación de la decisión judicial en una instancia especial

En las entrevistas resultó ser un consenso que, luego de la audiencia en que se dicte la sentencia del caso, se cree una instancia especial, simultánea o posterior (aunque pronta), dedicada exclusivamente al NNA, con la sola presencia adicional del juez, el consejero técnico y el curador ad litem.

Esta instancia procesal tendría por objeto, por un lado, notificar personalmente al NNA de la decisión adoptada con las garantías y los resguardos técnicos necesarios y, por otro, que el NNA exprese su opinión sobre la decisión pronunciada de tal forma que todos los profesionales intervinientes del proceso judicial la conozcan para los fines pertinentes.

Para los casos en que no sea posible contar con la presencia del NNA (porque no desea asistir a audiencia u otra razón argumentada debidamente por el Tribunal), se recomienda incluir dentro de las obligaciones mínimas de los curadores ad litem la de recoger la opinión del NNA sobre la decisión adoptada y transmitirla al Tribunal de Familia.

Cabe tener presente que, en un sistema administrativo de decisiones proteccionales, esta instancia de comunicación de la decisión con el NNA y recepción de su opinión podría desarrollarse más adecuadamente en un lugar oportuno y cómodo para el NNA, con los resguardos técnicos necesarios, y no así en el Tribunal de Familia como se requiere en el sistema judicial.

8.2.3. Para la consideración de las opiniones del NNA en la fundamentación de la decisión: acta general de la audiencia reservada y mejoras de la sentencia

Para garantizar que los jueces consideren la opinión de los NNA en la fundamentación de la sentencia, se recomiendan una serie de mejoras:

- Modificación legal que establezca la obligación que de que, tras la verificación de la audiencia reservada del NNA, se emita un acta general elaborada

inicialmente por el consejero técnico y autorizada por el juez, con los aspectos biopsicosociales centrales evidenciados en la instancia y que tengan directamente relación con lo controvertido en el proceso, de tal forma que contenga, en parte y de forma resguardada, la opinión del NNA sobre las posibles decisiones del caso. Se propone que dicha actuación procesal sea incorporada al expediente como antecedente del proceso judicial, aunque no con el carácter de medio probatorio.

- Modificar el artículo 66 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia¹⁸, agregando como contenido obligatorio de la sentencia definitiva dos aspectos: primero, la constatación de haber sido escuchadas las opiniones del NNA sobre las posibles decisiones del caso –ya sea en audiencia reservada o mediante su curador ad litem–; y, segundo, agregar al numeral cuarto del artículo la argumentación biopsicosocial integrada al razonamiento jurídico, considerando y refiriéndose explícitamente a las opiniones del NNA de manera general, técnica y adecuada, resguardando en todo momento la reserva de la audiencia. Para el éxito de esta recomendación, la calidad del contenido biopsicosocial del acta general señalada en el punto anterior es crucial.
- Para determinar qué contenido de la opinión del NNA es posible explicitar en mayor medida en la sentencia, se recomienda que los profesionales consulten a los NNA qué partes de su opinión autorizan sean transmitidas al resto de los intervinientes, ya sea personalmente o mediante el curador ad litem (que deberá dar cuenta de que recogió la opinión del NNA sobre este punto).
- Establecer legalmente que, en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, si bien una vez concluido el debate el juez comunicará de inmediato su resolución –conforme dispone artículo 65, inciso primero, de la Ley que Crea los Tribunales de Familia–, la redacción del fallo se hará de forma diferida hasta por un plazo de cinco días, ampliable por otros cinco por razones fundadas.

Esto permitiría a los jueces mejorar la calidad argumentativa de las sentencias y prestar especial atención a la consideración de la opinión del NNA en el razonamiento argumentativo entre los elementos biopsicosociales y jurídicos del caso.

¹⁸ Artículo 66 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia: “Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva deberá contener:

- 1) El lugar y fecha en que se dicta;
- 2) La individualización completa de las partes litigantes;
- 3) Una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes;
- 4) El análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión;
- 5) Las razones legales y doctrinarias que sirvieren para fundar el fallo;
- 6) La resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del juzgado, y
- 7) El pronunciamiento sobre pago de costas y, en su caso, los motivos que tuviere el juzgado para absolver de su pago a la parte vencida.”

CONCLUSIONES

La CIDN, promoviendo el enfoque de derechos, estableció el derecho a la participación de los NNA como un pilar del tratado internacional con valor en sí mismo, ya que postula que el NNA, en tanto sujeto titular de derechos, debe participar activamente en los procesos que afectan su vida, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones.

Tras esta valoración del derecho a la participación de NNA, los modelos teóricos de participación clásicos y jerárquicos fueron cuestionados y reformulados, siendo, a criterio de esta investigación, el modelo de participación significativa el encuadre que otorga una comprensión más integral y continua de la participación, al configurarla desde tres dimensiones: información, escucha e involucramiento. De estas tres, la dimensión de involucramiento es una de las menos estudiadas a la fecha, por lo que resulta útil profundizar su investigación, especialmente en los procesos judiciales chilenos sobre aplicación de medidas de protección, donde se discuten eventuales vulneraciones de derechos de NNA.

Este estudio evidenció que la relevancia y efectividad que posee la participación de los NNA en los procesos que afectan sus vidas, como derecho general y transversal de todo sistema de niñez y adolescencia, posee un factor inicial de carácter estructural: la predominancia del enfoque tutelar o del enfoque de derechos en la legislación y en la cultura laboral de los profesionales que intervienen en los procesos.

En este sentido, del primer capítulo es posible concluir que la discusión parlamentaria chilena, ante el desafío de adecuar la legislación de niñez y adolescencia al enfoque de derechos exigido por la CIDN, experimentó la tensión entre el enfoque tutelar imperante y el enfoque de derechos, resolviéndose esta predominantemente a favor del enfoque tutelar. Muestra de ello es que la Ley N°19.968, que creó los Tribunales de Familia, contiene referencias terminológicas de enfoque de derechos, sin embargo, en lo sustantivo de los procesos judiciales reiteró el enfoque tutelar. En particular respecto al derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales, aquello se reflejó normativamente en la exigua regulación de este derecho, que, a su vez, no se abordó desde una perspectiva integral y significativa, sino que se restringió al derecho del niño a ser oído. Por esto, cabe concluir que la regulación chilena del derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales se centró casi exclusivamente en la dimensión de escucha del modelo de participación significativa, descuidando las otras dos dimensiones de información e involucramiento.

En la misma línea, el análisis de resultados de este estudio, identificó que la persistencia en los profesionales de un enfoque tutelar de la niñez y la adolescencia y su tensión con el enfoque de derechos constituye un claro obstáculo al ejercicio

del derecho a la participación del NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección (ver apartados 6.1.2 letra a, 6.3.2 letra b, 6.4.2 letra a y 7.1), siendo especialmente problemática para la concreción de la dimensión de involucramiento de los NNA.

Esta investigación permitió identificar un conjunto de aspectos y prácticas que llevan a cabo los Tribunales de Familia –especialmente los jueces– en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección y que impactan la forma en que se hace efectiva o derechamente no se verifica la dimensión de involucramiento del NNA en dichas instancias.

El análisis de resultados permitió identificar un conjunto de aspectos que impactan la concreción de cada uno de los requisitos de la dimensión de involucramiento de los NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, destacando en estos el contraste entre la valoración positiva que tienen los intervinientes del derecho a la participación de los NNA y el escaso involucramiento que se logra en los procesos judiciales; la relevancia de construir un vínculo de confianza entre el NNA y los profesionales como motor de la participación; la edad como determinante recurrente del involucramiento; el rol central de los curadores ad litem para alcanzar el involucramiento; la importancia de las habilidades comunicacionales y psicosociales de los profesionales, especialmente de los jueces; el amplio margen de discrecionalidad de los jueces en las instancias de involucramiento del NNA y la importancia de la audiencia reservada como instancia procesal principal para hacer efectivo el involucramiento.

Por otro lado, también fue posible determinar algunos de los factores que obstaculizan la concreción del involucramiento de los NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección, a saber: la persistencia del enfoque tutelar en la cultura laboral de los profesionales intervinientes, la insuficiente regulación del involucramiento y los aspectos que la circundan, el rol indefinido de los curadores ad litem, la falta de habilidades de los/as jueces/zas para comunicarse con NNA y su bajo conocimiento sobre aspectos biopsicosociales, la sobrecarga laboral de los Tribunales de Familia, la baja cantidad y calidad de las audiencias reservadas y la falta de seguimiento de aquellas, la no incorporación al expediente de los aspectos y las conclusiones biopsicosociales extraíbles de la audiencia reservada, entre otros.

Finalmente se concluye que, para alcanzar una mayor concreción de la dimensión de involucramiento en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección es necesario descongestionar el sistema judicial mediante la transición hacia un sistema en que la decisión proteccional se dicte mayoritariamente por un órgano administrativo, promoviendo y fortaleciendo el enfoque de derechos entre los profesionales que intervienen en él.

Legislativamente destaca como recomendación la necesidad de regular de manera más exhaustiva el derecho a la participación de NNA en los procesos judiciales, utilizando un enfoque de derechos e integrando en el concepto del derecho a la participación de NNA la concepción multidimensional del modelo de participación significativa. Este modelo contribuiría a distinguir las distintas fases de la participación del NNA en el proceso judicial, a determinar los estándares mínimos de las actuaciones procesales y a definir las obligaciones básicas de los profesionales para con los NNA, especialmente en la audiencia reservada.

Aparejado a lo anterior, es esencial que se establezca un recurso procesal como mecanismo de garantía para asegurar la concreción de la participación, especialmente en lo que respecta a las actuaciones procesales que concretan la dimensión de involucramiento del NNA en el proceso judicial, como lo es la audiencia reservada.

Específicamente, respecto a cada uno de los requisitos de la dimensión de involucramiento, fue posible concluir ciertas mejoras que facilitarían su concreción en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.

En cuanto al primer requisito del involucramiento, para que los profesionales lleguen a conocer la opinión de los NNA sobre las posibles decisiones del caso se recomienda que, especialmente en los procesos sobre aplicación de medidas de protección, la audiencia reservada sea la actuación procesal preferente para la participación directa del NNA, en el sentido explicado precedentemente.

A su vez, para reforzar el conocimiento de la opinión del NNA es deseable que la designación de curador ad litem sea obligatoria y que el interés manifiesto del NNA sea el estándar mínimo de representación del curador, con el fin de garantizar que sus opiniones sean efectivamente transmitidas al Tribunal de Familia, se verifique o no la audiencia reservada.

Respecto al segundo momento de este requisito del involucramiento: que los profesionales logren conocer la opinión del NNA sobre la decisión finalmente decretada, la medida de mejora se relaciona directamente con la creación de una audiencia especial.

Para conocer la opinión sobre la decisión y para promover la presencia del NNA en el momento en que se toma la decisión (segundo requisito del involucramiento) se recomienda crear una audiencia procesal especial dedicada especialmente a dictar la decisión en presencia del NNA, notificarle de aquella y que aquel dé a conocer directamente su opinión sobre lo decretado a los profesionales, considerando las excepciones fundadas que impidan la realización de esta instancia procesal.

En cuanto al tercer y último requisito del involucramiento, para alcanzar una efectiva consideración de la opinión del NNA en la fundamentación de la decisión proteccional las mejoras recomendadas se relacionan especialmente con la

sentencia: establecer la incorporación obligatoria al expediente judicial de un acta general que dé cuenta de los aspectos biopsicosociales y las opiniones generales del NNA sobre las posibles decisiones, de tal forma que sirva como antecedente en la argumentación de la sentencia; agregar la consideración de la opinión del NNA y la argumentación jurídica-biopsicosocial como contenido obligatorio de la sentencia; y establecer la redacción diferida de la sentencia.

De esta forma, el ejercicio del estudio permitió recoger las percepciones de NNA (representados por los exusuarios) y de profesionales que intervienen en los procesos judiciales protectores chilenos y describir la forma en que se hace efectiva actualmente la dimensión de involucramiento de la participación significativa de los NNA en dichos procesos judiciales, sus problemas y posibilidades de mejoras.

Identificar el detalle de los factores que impactan actualmente en el involucramiento de los NNA en los procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección podría aportar a la adecuación legal que debe obligatoriamente realizarse tras la entrada en vigencia de la Ley N°21.430.

En este sentido, el artículo transitorio cuarto de aquella ley dispone que, dentro del plazo de dieciocho meses contado desde la publicación, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley para adecuar las normas de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, encontrándose dentro de los ajustes necesarios lo relacionado al derecho a la participación de los NNA en los procesos sobre aplicación de medidas de protección, que, conforme establece la nueva ley marco, ya no serán solo instancias judiciales, sino también administrativas.

La futura adecuación normativa de la Ley N°19.968 constituye una gran oportunidad para que en los procesos judiciales protectores chilenos se adopten las medidas que permitan alcanzar un alto nivel de efectivización del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes. Ante el desafío que se aproxima, el estudio pretendió aportar ideas concretas centradas en el diagnóstico y la mejora de, en particular, la dimensión de involucramiento de los niños, niñas y adolescentes que intervienen en los procesos judiciales protectores, utilizando para ello las propias percepciones y experiencias de sus protagonistas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Artículos y libros

- ALEGRE, S., HERNÁNDEZ, X., Y ROGER, C. (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias Latinoamericanas. Cuaderno 5. UNICEF.
- ALEXY, R. (1997). Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2º edición. 4º reimpresión (2018). Madrid, España.
- ANDREÚ, J. (2002). Técnicas de análisis de contenidos: una revisión actualizada.
- ARAMBURU, S. (2017). ¿Del enfoque tutelar al niño como sujeto de derechos? Análisis de la concepción de niñez en los discursos legislativos. Tesis para optar al grado de Magíster en Gestión y Política Pública. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Departamento de Ingeniería Industrial.
- ALFANDARI, R. (2017). Evaluation of a national reform in the Israeli child protection practice designed to improve children's participation in decision-making. *Child and Family Social Work*, 22, 54-62.
- ARELLANO, C. (2003). La doctrina como fuente formal del derecho. En: Cajica, G.; Gómez, C.; Salazar, P.; Morales, M.; Zambrano, Á.; Viya, M., otros y Hurtado, M. (2003). *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, volumen I.
- ARNSTEIN, SHERRY R. (1969). A Ladder Of Citizen Participation, *Journal of the American Institute of Planners*, 35:4, 216-224.
- BELL, M. (2002). Promoting children's rights through the use of relationship. *Child & Family Social Work*, 7(1): 1-11.
- BELOFF, M. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto. Buenos Aire, Argentina.
- BESELL, S. (2011). Participation in decision-making in out-of-home care in Australia: What do young people say? *Children and Youth Services Review*, 33: 493-501.
- BONILLA, M. Y LÓPEZ, A. (2016). Ejemplificación del proceso metodológico de la teoría fundamentada. *Cinta moebio* 57: 305-315.
- BOUMA, H; LÓPEZ, M.; KNORTH, E. Y GRIETENS, H. (2018). Meaningful participation for children in the Dutch child protection system: A critical analysis of relevant provisions in policy documents *Child Abuse & Neglect* 79: 279-292.

- BRUCE, M. (2014). The Voice of the Child in Child Protection: Whose Voice? *Social Sciences*, 3: 514–526.
- BUSTELO, E. (2005). Infancia en Indefensión. *Salud Colectiva*, 1 (3), 253-284.
- BUSTOS, A. (2019). La representación judicial de los niños en los procedimientos protectores. Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.
- CARRETTA, F. (2018a). El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. *Revista chilena de derecho*, 45(2), 407-426.
- CARRETTA, F. (2018B). Luces y sombras de las salas de Gesell en la justicia de familia chilena: estudio a partir de un análisis empírico. *Revista CES Derecho*, 1 (9), 118-142.
- CARRETTA, F. (2019). La prueba en el procedimiento de familia. En: *La prueba en los procedimientos - VII Jornadas Nacional de Derecho Procesal*. Directora: María Elena Santibáñez Torres. Coordinadora: Ximena Marcazzolo Awad. Thomson Reuters.
- CARRETTA, F. Y QUIROGA, M. (2021). Justicia de familia y victimización secundaria: un estudio aplicado con niños, jueces y abogados. *Derecho PUCP*, (87), 471-497.
- CASARINO, M. (2012). *Manual de Derecho Procesal*. Tomo III. Colección Manuales Jurídicos. Sexta edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- CASHMORE, J. (2002). Promoting the participation of children and young people in care. *Child Abuse & Neglect*, 26(8), 837–847.
- CASTILLO, I. (2011). El Derecho del Niño a ser oído y su relación con el Sistema Familia en el Derecho Peruano. *Revista del Instituto Peruano De Estudios Forenses-IPEF*. pp. 169-175.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. (2019). Informe anual sobre derechos humanos en Chile.
- CHARLES, A. Y HAINES, K. (2014). Measuring Young People's Participation in Decision Making What: Young People Say. *International Journal of Children's Rights*. 22. Koninklijke Brill NV, Leiden. pp. 641–659.
- CLARKE, V., Y BRAUN, V. (2013). Teaching thematic analysis: Overcoming challenges and developing strategies for effective learning. *The Psychologist*, 26(2), 120-123.
- CILLERO, M. (1999). Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios. En: *Derecho a Tener Derecho* (Tomo 4, pp. 1-13). Montevideo: Unicef, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton

Senna.

- CIUDADES AMIGAS DE LA INFANCIA, UNICEF - Comité Español. (27/10/2015). Hablemos de participación infantil. En línea: <
<https://ciudadesamigas.org/hablemos-de-participacion-infantil/#:~:text=La%20escalera%20de%20participaci%C3%B3n%20propuesta,en%20los%20procesos%20de%20participaci%C3%B3n.&text=MANIPULACI%C3%93N%3A%20los%20ni%C3%B1os%20est%C3%A1n%20presentes,trata%20ni%20sus%20propias%20acciones.>>
[Consulta: 04 abril 2021]
- COUSINS, W. Y MILNER, S. (2006). Children's rights: A cross-border study of residential care. *The Irish Journal of Psychology*, 37(1/2), 88–96.
- COUSO, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia: Interés Superior, autonomía progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derecho del Niño* N° 3 y 4. UNICEF. Santiago, Chile.
- CUNILL-GRAU, N. (2010). Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* (46), 41-72. Caracas, Venezuela.
- CUNILL-GRAU, N; LEYTON, C. Y ABARCA, V. (2018). Una mirada multidimensional a la garantía de derechos: los Centros Residenciales para niños, niñas y adolescentes. *Intervención* 8(2). pp. 56-73.
- DE CARLO, I. L. (2014). Derecho del menor a ser oído. Una hermenéutica efectiva. En: *Sistema argentino de información jurídica*.
- DUARTE, C. (2012). Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción. *Revista Última Década* N°36. Valparaíso: CIDPA.
- ESPEJO, N. Y LATHROP, F. (2015). Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile. *Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite* N°2. UNICEF. Santiago, Chile.
- ESTRADA, F. (2018). Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 28. pp. 1-50.
- ESTRADA, F. (2019). “Una propuesta para la defensa jurídica de niños internados: el modelo Infajus”. *Infajus*. Santiago, Chile.
- EQUAL SAREE. (2016). Género, educación y producción de espacios infantiles. En línea: <
<https://arquitecturayeducacion.wordpress.com/2016/05/23/genero-educacion-y-produccion-de-espacios-infantiles/>> [Consulta: 15 abril 2021].
- EZURMENDIA, J. (2020). Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de Familia. *Revista Chilena*

- de Derecho, vol. 47, N°1, pp. 101-118.
- FARIAS, A. (2003). El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos. *Revista de Derechos del Niño*, 187-224.
 - FIGUEROA, C. (2016). ¿Ciudadanía de la niñez? Hallazgos de investigación sobre el movimiento por una cultura de derechos de la niñez y adolescencia en Chile. *Última década N°45, Proyecto Juventudes*, diciembre 2016, pp. 118-139.
 - FLICK, U. (2007). *Introducción a la investigación cualitativa*. Morata Paideia. España, Madrid.
 - FLUKE, J. D.; LÓPEZ, M. L.; BENBENISHTY, R.; KNORTH, E. J.; Y BAUMANN, D. J. (Eds.). (2020). *Decision-Making and Judgment in Child Welfare and Protection: Theory, Research, and Practice*. Oxford University Press. Nueva York, EEUU.
 - FOCUS y CIDENI. (2020). *Informe final: Levantamiento de línea de base del Programa Mi Abogado*. Encargado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
 - FUENTES, C. Y GARCÍA, R. (2015). Entre la opacidad y la reflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia. *Revista de Derecho de Familia* (v. III, N°7), pp. 55-82.
 - GALE, CH. (2016). El cuidado infantil alternativo y la desinstitucionalización: estudio de caso de Chile. *Center for excellence (CELCIS)*.
 - GALLEGO-HENAO, A. M.; GUTIÉRREZ, D. (2015). Concepciones adultas sobre participación infantil en relación con la toma de decisiones de los niños. *Zona Próxima*, núm. 22, enero-junio, pp. 87-104. Universidad del Norte Barranquilla, Colombia.
 - GARCÍA, E. (2007). *Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia*. Colección *Justicia y Derechos del Niño* (9). UNICEF.
 - GARCÍA-QUIROGA, M. Y AGOGLIA I. (2020) Too Vulnerable to Participate? Challenges for Meaningful Participation in Research With Children in Alternative Care and Adoption. *International Journal of Qualitative Methods*. January 2020. (19) pp. 1-11.
 - GARCÍA-QUIROGA, M.; ROIG, D.; MOK, C. Y CAZORLA, K. (2021). ¿Quién puede participar? Un análisis documental acerca de la participación de la infancia en cuidados alternativos. *Revista CUHSO de la Universidad Católica de Temuco*. Diciembre 2021, Vol. 31 (2).
 - GARCÍA-QUIROGA, M. Y VALLEJO, V. (2021). Protección y participación en la infancia: Hacia una integración de dos conceptos en tensión. En: *Rutas para pensar lo comunitario: saberes, prácticas y reflexiones*. Colección *Psicología y Transformaciones Sociales*, Escuela de Psicología, PUCV. Diciembre, 2021. pp. 25-45.

- GLASER, B. Y STRAUSS, A. (1967). *The Discovery of grounded theory: strategies of qualitative research*. Aldine, New York.
- GRAU, O. (2011). Representaciones sociales de la infancia, discursos y prácticas. En F. Cousiño & A. M. Foxley. *Políticas Públicas para la Infancia*. 45-53. UNESCO. Santiago, Chile.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M. (diciembre, 2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2° época. Año 14. N° 18.
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES, C.; CORONEL, E. Y PÉREZ, C. (2009). *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*. Universidad Cooperativa de Colombia. LIBERABIT, Lima, Perú.
- HART, ROGER A. (1993). La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica. En *Ensayos Innocenti N° 4*, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- HENRÍQUEZ, M. (2008). Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales Año 6, N° 2*, pp. 73-119. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ, C. Y BAPTISTA, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. Editorial Mc Graw Hill, México DF.
- KRIZ, K. Y ROUNDTREE-SWAIN, D. (2017). "We are merchandise on a conveyer belt": How young adults in the public child protection system perceive their participation in decisions about their care. *Children and Youth Services Review* 78: 32–40.
- KIRKWOOD, J. (2017). *Feminarios*. Santiago de Chile: Communes. p. 21.
- KHOURY, A. (2006). Seen and heard: Involving children in dependency court. *Child Law Practice*, 25(10), 145–155.
- LATHROP, F. (2002) "El derecho del niño a ser oído en el nuevo derecho de familia". Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
- LAURI, K.; TOROS, K. Y LEHTME, R. (2021) Participation in the Child Protection Assessment: Voices from Children in Estonia. *Child Adolesc Soc Work J* 38, 211–226.
- LEESON, C. (2007). My life in care: experiences of non-participation in decision-making processes. *Child & Family Social Work*, 12 (3). pp. 268–277.
- LEPIN, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista chilena de derecho privado*. (23) 9-55.
- LEPÍN, C. Y LAMA B. (2020). La participación de los niños en el juicio de familia: el mito del derecho a ser oído. *Actualidad Jurídica*

- Iberoamericana N° 13. pp. 770-793.
- LÓPEZ, G.; COURET, M. Y GUAIMARO, Y. (2018). Derecho de participación en contextos de cuidado y protección. En: Journal de Ciencias Sociales (6) 11. 97-129.
 - LOVERA, D. (2008). Razonamiento Judicial y Derechos del Niño: de ventrílocuos y marionetas. En: Justicia y Derechos del Niño, N° 10, UNICEF. pp. 45-62.
 - MARTÍN-CRESPO, M. Y SALAMANCA, A. (2007). El muestreo en la investigación cualitativa. Nure Investigación, N° 27, marzo - abril 07. Departamento de Investigación de FUDEN.
 - MIDDEL, F., POST W., LÓPEZ, M Y GRIETENS, H. (2020). Participation of Children Involved in the Child Protection System – Validation of the Meaningful Participation Assessment Tool (MPAT). Child Indicators Research.
 - MORAIMA, M. Y AUXILIADORA, L. (2008). El análisis de contenido: una forma de abordaje metodológico. Laurus, Revista de Educación. Año 14, N° 27.
 - MOSCOSO, M. (2011). La discapacidad como diversidad funcional: los límites del paradigma etnocultural como modelo de justicia social. Revista Dilemata, año 3 (2011), N° 7, 77-92.
 - NOGUEIRA, H. (2017). La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes. Revista Ius et Praxis, Año 23, N° 2. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Talca, Chile. pp. 415 – 462.
 - NOVELLA, S. L. (2010). Cuestiones problemáticas en torno a la escucha de las niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales. Anuario de investigaciones, 17, pp. 299-306.
 - NÚÑEZ, R Y CORTÉS, M. (2012). Derecho procesal de familia, 1ª Edición. Abeledo Perrot: Thomson Reuters.
 - OAKLEY, A. (1977). La mujer discriminada: biología y sociedad. Debate. España.
 - OBSERVATORIO PARA LA CONFIANZA. (2020). Informe técnico N°7: Yo tengo curador/a ad litem. Santiago, Chile.
 - ODAR, R. M. T. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. Derecho y cambio social, 13(43), 10.
 - OPPENHEIM-WELLER, S., SCHWARTZ, E., & BEN-ARIEH, A. (2017). Child involvement in treatment planning and assessment in Israel. Child

and Family Social Work, 22, 1302-1312.

- OYARZÚN, A.; DÁVILA, O.; GHIARDO, F. Y HATIBOVIC, F. (2008) ¿Enfoque de derechos o enfoque de necesidades?: modelo de gestión para el desarrollo de un sistema local de protección de derechos de la infancia y adolescencia. Servicio Nacional de Menores (SENAME) y Centro de Estudios Sociales CIDPA.
- PÉREZ, R. (2006). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. Revista Justicia y Derechos del Niño N°9: 251-277. UNICEF. Santiago, Chile.
- POSADA, M. (2018). El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten. En el libro Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia, pp. 197-215. Barcelona, España.
- PULGAR BRAVO, F. (2021) El derecho a ser oído. Implicancias y desafíos para operadores. En: Lecciones de derecho de la infancia y adolescencia. Editores: Mondaca M., A. y Illanes V., A. Editorial Tirant lo Blanch. pp. 153-161.
- PUYOL, C. Y TRONCOSO, M. (2014). Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia: una aproximación psicojurídica. En Praxis, Revista de Psicología Año 16, N°25: 89-105. I Sem 2014.
- GARCÍA-QUIROGA, M. Y SALVO, I. (2020). Too vulnerable to participate? Challenges for meaningful participation in research with children in alternative care and adoption. International Journal of Qualitative Methods, 19, 1 - 11.
- RAP, S.; VERKROOST, D. Y BRUNING, M. (2018). Children's participation in Dutch youth care practice: an exploratory study into the opportunities for child participation in youth care from professionals' perspective. Child Care in Practice, 25:1, 37-50.
- SÁENZ DE ORMIJANA, A. (2015). Muestreo y selección de fuentes de información. En: Calderón, C, Conde, F, Fernández de Sanmamed, MJ, Monistrol, O, Pujol, E, Sáenz de Ormijana, A. Curso de Introducción a la Investigación Cualitativa. Máster de Investigación en Atención Primaria. Barcelona: semFYC Universitat Autònoma de Barcelona. Fundació Doctor Robert.
- SALUM, E.; SALUM, S. Y SAAVEDRA, R. (2015). Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los Tribunales de Familia: La audiencia confidencial. Revista Latinoamericana de Derecho Humanos. Volúmen 26 (2), II Semestre 2015 (EISSN: 2215-4221). pp. 53-78.
- SANDERS, R. Y MACE, S. (2006). Agency Policy and the Participation of

- Children and Young People in the Child Protection Process. *Child Abuse Review*, Vol. 15: 89–109.
- SARACOSTTI, M.; CARO, P.; GRAU, M.; KINKEAD, A.; VATTER, N. (Junio, 2015). El derecho de participación en la niñez: alcances y desafíos para la investigación social. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 62, pp. 211-244. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Caracas, Venezuela.
 - SAVE THE CHILDREN. (2002). Programación de los derechos del niño. Cómo aplicar un enfoque de derechos del niño en la programación. Save The Children. Estocolmo, Suecia.
 - SERNA, M. (2019). ¿Cómo mejorar el muestreo en estudios de porte medio usando diseños con métodos mixtos? Aportes desde el campo de estudios de elites. *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*. N° 43 mayo-agosto, 2019. pp. 187-210.
 - STORMEZAN, K. (2016). Reconocimiento del género en la infancia: Análisis de los significados y estrategias de aplicación del enfoque de género en Sename y en el Programa de reparación de maltrato Independencia, Programa de reparación de maltrato Quilicura y Programa de prevención focalizada Quilicura de la Fundación Ciudad del Niño. Tesis para optar al grado de Magíster en estudios de género y cultura. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile.
 - STRAUSS, A. Y CORBIN, J. (1990). *Basics of qualitative research: Grounded Theory, procedures and techniques*. Sage Publications. Newbury Park, CA.
 - TELLO, C. (2003). Niños, adolescentes y el sistema Chile Solidario: ¿una oportunidad para construir un nuevo actor estratégico en las políticas públicas en Chile? *Revista de Derechos del Niño*, 9-52.
 - TEN BRUMMELAA, M; HARDER, A.; KALVERBOER, M.; POST, W. Y KNORTH, E. (2017). Participation of youth in decision-making procedures during residential care: A narrative review. *Child & Family Social Work*, 2017, 1-12.
 - THOMAS, N., Y PERCY-SMITH, B. (2012). “It's about changing services and building relationships”: Evaluating the development of children in care councils. *Child & Family Social Work*, 17, pp. 487–496.
 - TOROS, K. (2011). *Assessment of child well-being: Child protection practice in Estonia*. Tallinn: Tallinna Ulikool.
 - TOROS, K. Y FALCH-ERIKSENB, A. (2020). “I do not want to cause additional pain...”–child protection workers’ perspectives on child participation in child protection practice. *Journal of Family Social Work*.
 - UNICEF. (2015). *Definiciones conceptuales para un sistema integral de*

- protección a la infancia. Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, N° 4. Santiago, Chile.
- VALLES, M. (1997). Técnicas cualitativas de investigación social: reflexión metodológica v práctica profesional. Madrid, España.
 - VALLES, M. (2002). Entrevistas cualitativas, Cuadernos Metodológicos 32, Madrid, CIS.
 - VARGAS, M; CORREA, P.; BARROS, P. Y CERDA, A. (2010). Informe final: Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia: el derecho a ser oído. UNICEF y Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.
 - VARGAS, M. Y CORREA, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista *Ius et Praxis*, año 17, N°1, pp. 177-204. Universidad de Talca. Talca, Chile.
 - VILLALTA, C. (2013). Un campo de investigación. Las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en Argentina. *Civitas*, 13 (2), 235-258.
 - VIS, S Y FOSSUM, S. (2015). Organizational factors and child participation in decision-making: differences between two child welfare organizations. *Child & Family Social Work*, 20(3), pp. 277-287.
 - WEISZ, V.; WINGROVE, T.; BEAL, S. Y FAITH-SLAKER, A. (2011). Children's participation in foster care hearings. *Child Abuse & Neglect*, 35(4), pp. 267–272.
 - WITKER, J. (1995). La investigación jurídica. McGraw-Hill. México D.F.
 - WITTE, S.; LÓPEZ, M. Y BALDWIN, H. (2021). The Voice of the Child in Child Protection Decision-Making. A Cross-Country Comparison of Policy and Practice in England, Germany, and the Netherlands. En: *Decision-Making and Judgment in Child Welfare and Protection*. Editado por: John D. Fluke, Mónica López López, Rami Benbenishty, Erik J. Knorth, and Donald J. Baumann. Oxford University Press. Nueva York, EEUU.
 - WOOLFSON, RC; HEFFEMAN, E.; PAUL, M. Y BROWN, M. (2010). Young People's Views of the Child Protection System in Scotland. *The British Journal of Social Work*, 40 (7), pp. 2069-2085.

2. Documentos de instituciones públicas de Chile

- CAJMETRO. Programa mi Abogado. En línea: <<http://www.cajmetro.cl/programa-mi-abogado/>> [Consulta: 21 diciembre 2020].
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA. (2018). Colección

- Jurídica Derecho de la Infancia, Meta 4. Poder Judicial.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA. (2018). Proyecto Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema: “Derechos de la Infancia”. (156).
 - DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA. (2019). El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la segunda y cuarta sala de la Corte Suprema. Poder Judicial.
 - DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA. (2018). Proyecto Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema: “Derechos de la Infancia”. Informe N°156-2018.
 - INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS DE CHILE. (2019). Estadísticas judiciales – 2019.
 - PODER JUDICIAL. (2021). Informe Mujeres y Hombres en número en el Poder Judicial. En línea: <<http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/mujeres-y-hombres-en-numeros-en-el-poder-judicial>> [Consulta: 15 diciembre 2020]
 - PODER JUDICIAL. Secretaría Técnica Igualdad de Género y No Discriminación. (2020). Informe “Mujeres y hombres en números en el Poder Judicial”. En línea: <<http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/mujeres-y-hombres-en-numeros-en-el-poder-judicial>> [Consulta: 21 diciembre 2020]
 - PODER JUDICIAL. (2021). Política de Efectivización de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) del Poder Judicial” (PEDNNA).
 - SENAME. (2019). Anuario Estadístico.
 - SENAME. (2020). Protocolo de Actuación Frente a la Alerta Sanitaria Por Coronavirus COVID19 en Centros de Cuidado Alternativo Residencial y FAE de AADD. 8° edición, 14 de agosto de 2020.

3. Normativa

Tratados internacionales

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, CADH. (22 de noviembre de 1969).
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CIDN. (20 de noviembre de 1989).

Otros instrumentos internacionales

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC. (2009). Observación General N°12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12
- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, CRC. (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. CRC/C/CHL/CO/4-5.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC. (2018). Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. CRC/C/CHL/INQ/1.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC. (2022). Observaciones finales sobre los informes sexto y séptimo de Chile. CRC/C/CHL/CO/6-7.
- XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. (2008). Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

Normativa nacional

- LEY N°16.618, ley de Menores.
- LEY N°19.968, que crea los Tribunales de Familia.
- LEY N°21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia.
- LEY N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia.

ANEXOS

1. Anexos públicos

Anexo A: Pautas de entrevista individual por tipo de entrevistado

Pauta de entrevista cualitativa individual para exusuarios adultos que hayan experimentado un proceso judicial proteccional como NNA

Introducción
<p>Presentación</p> <p>Hola. Soy Natalia Reyes, estudiante del Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, y actualmente me encuentro realizando una tesis denominada “Dimensión de involucramiento de la participación significativa en los procesos judiciales proteccionales”.</p>
<p>Agradecimiento y objetivo de la investigación</p> <p>Antes que todo, quisiera agradecer tu entusiasmo y tiempo para participar en esta investigación que tiene por objetivo colaborar desde la investigación académica a una mayor participación de niños, niñas y adolescentes en las decisiones judiciales proteccionales que adoptan los Tribunales de Justicia del país. Ciertamente, con la experiencia tuya, como protagonista central de esos esos procesos judiciales, la labor será mucho más fructífera. Por eso los temas que conversaremos se tratarán sobre si participaste o no en los juicios o causas donde se discutían las medidas de protección que te aplicarían.</p>
<p>Precisiones por videollamada y permiso para grabar</p> <p>Dado que estamos en pandemia, esta entrevista se realizará por videollamada. Ruego me puedas decir si me ves y escuchas bien. Ante cualquier eventualidad, como caída de internet, llamaré a tu teléfono celular para retomar nuevamente la conexión.</p> <p>Para tomar total atención a tus palabras quisiera pedirte si puedo grabar esta entrevista, así después la podré trabajar tranquilamente y en detalle transcribiéndola.</p>
<p>Libertad de respuesta y confidencialidad</p> <p>Es importante recordar que en esta entrevista no hay respuestas correctas o incorrectas, sino que toda su experiencia y opinión al respecto es útil para el estudio. Por ello, como indica el consentimiento informado que leíste y firmaste, se asegura el anonimato y la confidencialidad de toda la información proporcionada en un archivo protegido. Cuando los resultados sean presentados en mi tesis, estos serán reportados anónimamente.</p>

Te informo que esta entrevista durará entre 1 hora y 1 hora y media aproximadamente. Entonces, si estás de acuerdo, comencemos la grabación y la entrevista.

Categoría principal 1: Aspectos generales de la participación de NNA en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.	Contribución a propósito y/o objetivos específicos
<p>Preguntas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Qué edad tenías cuando fuiste parte de un(os) juicio(os) de medidas de protección? - ¿Recuerdas sobre qué se trató o se trataron los procesos judiciales proteccionales en que formaste parte? - [Si es más de un proceso judicial] ¿Cuál fue el juicio más relevante para ti? ¿Porqué? - ¿Estuviste en alguna residencia u hogar? ¿Cuál(es)? ¿Durante qué edades estuviste allí? - ¿Tuviste en ese momento un abogado o alguien que te representara o guiara en el juicio? - ¿Qué expectativa tenías sobre la decisión que se tomaría en el juicio? - En términos generales, ¿consideras que pudiste participar en el(los) juicio(s) para determinar la decisión final del Tribunal? 	<p>Las preguntas permiten contextualizar el proceso judicial proteccional que experimentó la persona entrevistada. A su vez, se busca explorar las expectativas de los entrevistados en estos procesos respecto a la concreción de la dimensión de involucramiento, y que evalúen, de manera general, el nivel de cumplimiento de la dimensión que percibieron.</p>

Categoría principal 2: 1° requisito de la dimensión de involucramiento: Opiniones del NNA sobre las decisiones proteccionales (antes y después de decretarlas).	Contribución a propósito y/o objetivos específicos
<p>Preguntas posibles:</p> <p><u>Antes de la decisión</u> En los juicios que experimentaste (o en el más importante), antes de tomarse la decisión de la medida de protección ¿pudiste expresar tu opinión sobre las posibles decisiones que a ti te parecían mejores o peores?</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Te preguntaban tu opinión sobre las decisiones que se iban a tomar o tu tenías que insistir para hacerte escuchar? ¿Era finalmente posible comunicar tu opinión? - De ser así, ¿cómo?, ¿pudiste comunicarlo 	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer si el elemento de la dimensión de involucramiento “escuchar la opinión del NNA respecto a la decisión proteccional”, se verifica o no en los procesos judiciales proteccionales, o en qué medida. - Identificar los problemas que dificultan la concreción de este elemento. - Identificar los factores que

<p>directamente al Tribunal o lo hiciste por medio de un abogado u otra persona?</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo te sentías durante esta etapa del juicio respecto a la participación que podías alcanzar? <p>Preguntas para entrevista a persona que señala no haber tenido conocimiento sobre los procesos judiciales de medidas de protección:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo te enterabas de las decisiones o medidas de protección que se tomaban respecto de ti? ¿Quién te lo contaba? - ¿En qué contexto o lugar te lo contaban? (cómo) - ¿Tuviste algún abogado para ti? ¿Algún otro profesional? - ¿Te explicaban las razones de la decisión? - ¿Podías expresar tu opinión a alguien sobre esa decisión? - ¿Te parecieron buenas las decisiones que se tomaron respecto de ti? ¿Porqué? - En general, ¿sientes que participabas del proceso de toma de decisión? - ¿Cómo te hubiera gustado participar en la decisión? - ¿Te hubiera gustado ir a las audiencias? ¿Con qué medidas especiales te hubiera gustado asistir a las audiencias? - ¿Crees que si hubieras participado en las decisiones que se tomaron sobre ti te habría afectado? ¿Para bien o para mal y en qué sentido? - ¿Crees que tu edad influía en que no te hicieran participar de la toma de decisión? ¿Cómo crees que podría superarse aquello hoy? ¿Qué necesitarían los NNA para participar más? - ¿Qué opinas necesitarían los otros actores del proceso judicial para involucrar a NNA en los procesos judiciales (jueces, consejeros, curadores)? <p><u>Después de la decisión</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo te enteraste de la decisión que había tomado el Tribunal? 	<p>facilitan la concreción de este elemento.</p>
--	--

<ul style="list-style-type: none"> - ¿Alguien te explicaron las razones de la decisión y de qué se trataba? - ¿Pudiste dar tu opinión sobre la decisión que se había tomado? De ser así, ¿le contaste directamente al juez, a tu abogado o a otra persona? - ¿Tuviste miedo alguna vez de expresar tu opinión sobre la decisión que se había tomado? ¿Porqué? <p><u>En términos generales</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - En conclusión, ¿pudiste opinar en algún momento sobre la decisión que se estaba discutiendo y que luego se tomó? - ¿Cómo te sentiste con esa situación en tu proceso judicial? - ¿Cómo te hubiese gustado que escucharan tu opinión para sentirte en confianza y seguro? - ¿Qué crees hace difícil u obstaculiza escuchar la opinión del NNA? En tu caso en particular, ¿por qué crees que no fuiste escuchado? - ¿Crees que hubiera podido ser distinto esto? ¿Qué crees ayudaría que los Tribunales escucharan más la opinión del NNA antes y después de tomar la decisión? - ¿Crees que, al juez, a los consejeros técnicos o a los abogados les falta algo para escuchar la opinión del NNA sobre las medidas proteccionales? ¿Qué crees se podría hacer para que eso pasara? 	
---	--

<p>Categoría principal 3: 2° requisito de la dimensión de involucramiento: NNA debe estar presente al momento en que se elabora la decisión final.</p>	<p>Contribución a propósito y/o objetivos específicos</p>
<p>Preguntas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Sabías en qué momento se iba a tomar la decisión sobre tu caso? ¿Te informó algún abogado u otra persona cuándo sería? - ¿Recuerdas haber ido a la audiencia del Tribunal en que se tomó la medida de protección que se aplicaría? o ¿sabes si fue algún abogado en tu representación? 	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer si el elemento de la dimensión de involucramiento “participación de NNA en la instancia de elaboración de la decisión proteccional”, se verifica o no en los procesos judiciales proteccionales, o

<ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo te enteraste de la decisión? - ¿Te pareció adecuada esa forma en que se tomó la decisión? - ¿Te hubiera gustado estar presente y participar en la audiencia en que se tomó la decisión? - ¿Cómo te hubiera gustado participar en esa audiencia para sentirse seguro? - ¿Qué te hizo difícil participar de la audiencia en que se tomó la decisión? ¿Por qué crees que es difícil? - ¿Cómo crees habría sido más fácil para ti participar en el momento en que se tomó la decisión? ¿Qué cosas hubieras necesitado para hacerlo: abogado, asistencia psicológica personal u otra cosa? 	<p>en qué medida.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Identificar los problemas que dificultan la concreción de este elemento. - Identificar los factores que facilitan la concreción de este elemento.
--	--

<p>Categoría principal 4: 3° requisito de la dimensión de involucramiento: Consideración de la perspectiva del NNA en la fundamentación de la decisión final.</p>	<p>Contribución a propósito y/o objetivos específicos</p>
<p>Preguntas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En el juicio más relevante para ti, que me indicaste anteriormente (si es que tuvo varios), ¿cuál fue la decisión final que tomó el Tribunal? Y, esa decisión, ¿coincidió con lo que deseabas en ese momento o no? - Cuando supiste de la decisión, ¿te explicaron las razones de aquella y porqué la decisión coincidía con lo que tu como NNA deseaba en ese momento o no? - ¿Crees que la decisión final que tomó el Tribunal consideró tu opinión como NNA en algún sentido? ¿Por qué cree que sucede eso? - ¿Qué pruebas, pericias, informes o testimonios crees que fueron más valorados por el Tribunal o influyeron en mayor medida en la decisión final que se tomó? - ¿Cuáles crees son los problemas que hacen que el Tribunal no se refiera a la perspectiva del NNA cuando toma la decisión final, independiente de que se decidiera lo que tu querías o no? - ¿Cómo podría mejorarse eso? ¿Qué 	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer si el elemento de la dimensión de involucramiento “consideración de la perspectiva del NNA en la decisión final”, se verifica o no en los procesos judiciales protectores, o en qué medida. - Identificar los problemas que dificultan la concreción de este elemento. - Identificar los factores que facilitan la concreción de este elemento.

medidas crees se podrían tomar para que el juez tenga que referirse a la perspectiva del NNA al momento de argumentar la decisión?	
--	--

Cierre de entrevista
Bueno, ya estamos cerrando la entrevista ¿Hay algún otro tema que le gustaría abordar o quiere hacer algún comentario? Me despido agradeciendo enormemente tu participación y tiempo para aportar tu valiosa experiencia en esta investigación.

Pauta de entrevista cualitativa individual para profesionales: jueces, consejeros técnicos y curadores ad litem

Introducción
<p>Presentación Buen día [tarde o noche], me presento. Soy Natalia Reyes, estudiante del Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, y actualmente me encuentro realizando la tesis denominada “Dimensión de involucramiento de la participación significativa en los procesos judiciales proteccionales”.</p> <p>Agradecimiento y objetivo de la investigación Antes que todo, quisiera agradecer su entusiasmo y tiempo por participar en esta investigación que tiene por objetivo colaborar desde la investigación académica a una mayor participación de niños, niñas y adolescentes en las decisiones judiciales proteccionales que adoptan los Tribunales de Justicia del País. Ciertamente, con la experiencia de usted como actor protagonista de los procesos judiciales la labor será mucho más fructífera.</p> <p>Precisiones por videollamada y permiso para grabar Ruego me pueda indicar si me visualiza y escucha de buena manera. Ante cualquier eventualidad, como caída de internet, lo llamaré a su teléfono celular para retomar nuevamente la conexión. Para tomar total atención a sus palabras quisiera pedirle si puedo grabar esta entrevista, así después la podré trabajar tranquilamente y en detalle transcribiéndola.</p> <p>Libertad de respuesta y confidencialidad Es importante recordar que en esta entrevista no hay respuestas correctas o incorrectas, sino que toda su experiencia y opinión al respecto es útil para el estudio. Por ello, como indica el consentimiento informado que usted leyó y firmó, se asegura el anonimato y la confidencialidad de toda la información proporcionada en un archivo protegido. Cuando los resultados sean presentados</p>

en mi tesis, estos serán reportados anónimamente. Por último, esta información será completamente eliminada cuando el grado académico haya sido otorgado.

Le informo que esta entrevista durará entre 1 hora y 1 hora y media aproximadamente. Entonces, si usted está de acuerdo, comencemos la grabación y la entrevista.

Categoría principal 1: Aspectos generales de la participación de NNA en procesos judiciales sobre aplicación de medidas de protección.	Contribución a propósito y/o objetivos específicos
<p>Preguntas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cuál es su labor o rol en los procesos judiciales en que se discuten medidas de protección? - Y respecto del NNA ¿Cuánto se relaciona usted con el NNA? ¿Cómo lo hace? - A grandes rasgos, ¿Considera importante involucrar a los NNA para tomar la decisión sobre sus medidas de protección? ¿Porqué? - ¿En qué momento del proceso judicial cree usted debería participar el NNA? ¿y bajo qué modalidades? - ¿Cree que NNA se sienten considerados en la decisión final que toma el Tribunal respecto a su medida de protección? 	<ul style="list-style-type: none"> - Las preguntas permiten, en primer lugar, contextualizar la labor específica que tiene el entrevistado en el proceso judicial proteccional. - A su vez, se busca explorar la opinión general de las personas entrevistadas sobre la participación de NNA en el proceso judicial proteccional.

Categoría principal 2: 1° requisito de la dimensión de involucramiento: Opiniones del NNA sobre las decisiones proteccionales (antes y después de decretarlas).	Contribución a propósito y/o objetivos específicos
<p>Preguntas posibles:</p> <p><u>Antes de tomar la decisión final:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - En los procesos judiciales proteccionales en que ha trabajado, antes de tomarse la decisión proteccional ¿se pregunta la opinión del NNA sobre las posibles decisiones que cree que podrían tomarse? De ser así, ¿se le escucha directamente, por medio de su curador o de otra persona? - ¿Mediante qué modalidades del juicio se escucha la opinión del NNA? (intermediado, 	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer si el elemento de la dimensión de involucramiento “escuchar la opinión del NNA respecto a la decisión proteccional”, se verifica o no en los procesos judiciales proteccionales, en qué medida y modalidades. - Identificar los problemas que dificultan la concreción de este elemento. - Identificar los factores que

<p>audiencia reservada, mediante los informes periciales, etc.)</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Siempre se hacen audiencias reservadas con el NNA o en algunos casos? ¿Qué factores determinan aquello? - ¿Hay factores o características que ayuden a determinar la forma en que se escucha la opinión del NNA en el juicio? <p><u>Después de tomada la decisión final:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Una vez tomada la medida de protección, ¿alguien recoge la opinión del NNA sobre aquella? De ser así, ¿se le escucha directamente, por medio de su curador o de otra persona? (cómo). - ¿Cree usted que es difícil escuchar la opinión del NNA sobre la decisión proteccional? ¿Porqué? - ¿Es más difícil escuchar su opinión antes o después de tomarla? - ¿Qué cree usted facilitaría escuchar la opinión del NNA sobre la decisión proteccional? ¿Qué medidas son o podrían ser útiles para lograr aquello en el proceso judicial? ¿Su labor en el proceso cómo colabora o podría ayudar en ese sentido? - ¿Considera adecuada la forma en que hoy se toma la opinión del NNA sobre la decisión final en los procesos judiciales proteccionales? - En general, ¿cuál es su opinión respecto a cómo recogen la opinión del NNA sobre la decisión final los otros intervinientes del proceso judicial? ¿Qué logros o falencias observa en ellos para recoger la opinión del NNA sobre la decisión final? (el objetivo es que se refieran a la labor de los otros actores del proceso judicial). 	<p>facilitan la concreción de este elemento.</p>
---	--

<p>Categoría principal 3: 2° requisito de la dimensión de involucramiento: NNA debe estar presente al momento en que se elabora la decisión proteccional.</p>	<p>Contribución a propósito y/o objetivos específicos</p>
<p>Preguntas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿En qué instancia o audiencia del juicio se 	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer si el elemento de la dimensión de

<p>toma la decisión final?</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Quiénes asisten o pueden concurrir a esa instancia? - ¿Considera importante y prudente que el NNA se encuentre presente cuando se decide la medida proteccional? - Si considera que el NNA debiera concurrir físicamente ¿Cree suficiente su sola presencia física en ese momento? o ¿aquello debería significar que el NNA tenga ciertos derechos de acción en ese momento? ¿Como cuáles? - Si el NNA no concurre (o considera innecesario que concorra), ¿cuáles serían las razones de aquello? - ¿Qué cree usted que dificulta que NNA estén presentes en las audiencias de juicio? ¿Qué problemas podría haber? - ¿Qué cree usted facilitaría la participación del NNA en esa audiencia? ¿Podría hacerse en algún otro formato o tomando ciertas medidas? - ¿Qué medidas de apoyo cree que se necesitaría para lograrlo? - Desde su labor en el proceso judicial proteccional ¿Cree usted que podría contribuir a lograr aquello? ¿Cómo específicamente? 	<p>involucramiento “Asistencia del NNA a la instancia en que se toma la medida de protección”, se verifica o no en los procesos judiciales proteccionales y en qué medida o modalidad.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Identificar los problemas que dificultan la concreción de este elemento. - Identificar los factores que facilitan la concreción de este elemento.
---	---

<p>Categoría principal 4: 3° requisito de la dimensión de involucramiento: Consideración de la perspectiva del NNA en la fundamentación de la decisión final.</p>	<p>Contribución a propósito y/o objetivos específicos</p>
<p>Preguntas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En la toma de la decisión final ¿cuánto pesa la perspectiva del NNA? - ¿De qué factores o elementos depende el peso que tenga la perspectiva del NNA en la decisión final? - ¿Qué pruebas, pericias o testimonios cree usted son más muy útiles o se ponderan en mayor medida para tomar la medida de protección más adecuada? - En la audiencia de juicio donde se dicta la medida de protección, ¿se señalan las 	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer si el elemento de la dimensión de involucramiento “consideración de la perspectiva del NNA en la decisión final”, se verifica o no en los procesos judiciales proteccionales, o en qué medida. - Identificar los problemas que dificultan la concreción de este elemento.

<p>razones detalladas, relacionadas con los elementos de la causa, por las cuales se toma la decisión final?</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Esa argumentación queda redactada en la sentencia o en el audio de la audiencia? - Si la decisión tomada no se condice con lo deseado por el NNA, ¿se argumenta por qué aquello es así? - ¿Qué cree usted hace difícil integrar la perspectiva del NNA en la fundamentación de la decisión final? - ¿Qué cree usted facilitaría integrar la perspectiva del NNA en la fundamentación de la decisión final? - [Para curadores y consejeros técnicos] En general, ¿cuál es su opinión sobre la consideración de la perspectiva de NNA en la fundamentación de la decisión final que realizan los jueces y juezas? ¿Qué logros o falencias observa en ellos? - Desde su labor y aportes en el proceso judicial proteccional ¿Cree usted que podría contribuir a aquello? ¿Cómo específicamente? 	<ul style="list-style-type: none"> - Identificar los factores que facilitan la concreción de este elemento.
--	--

Cierre de entrevista

Bueno, ya estamos cerrando la entrevista ¿Hay algún otro tema que le gustaría abordar o quiere hacer algún comentario?
 Me despido agradeciendo enormemente su participación y tiempo para aportar su valiosa experiencia en esta investigación.

Anexo B: Modelo de consentimiento informado de personas entrevistadas

FOLIO: _

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Investigador responsable: Natalia Alejandra Reyes Díaz
Programa: Magíster en Gestión y Políticas Públicas, FCFM, U. de Chile.

Usted ha sido invitado a participar en este proyecto de investigación. La siguiente información explica los motivos por los cuales esta investigación se está realizando y lo que implica su desarrollo. Por favor, no dude en ponerse en contacto conmigo en caso de posteriores dudas o consultas (ver datos de contacto más abajo).

¿Qué motiva esta investigación?

Para obtener el grado académico de Magíster, debo desarrollar un estudio sobre un problema público, y, en este marco, he escogido indagar sobre la participación significativa de niños, niñas y adolescentes en las decisiones finales que se toman en los procesos judiciales de medidas de protección, lo cual se denomina dimensión de involucramiento de la participación significativa.

¿Por qué ha sido usted seleccionado?

Estoy buscando representar a todos los actores esenciales de los procesos judiciales sobre medida de protección, en base a entrevistas aplicadas a, por un lado, los protagonistas de los procesos judiciales protectores, adultos que hayan experimentado dichos juicios como niños, niñas o adolescentes; y, por el otro, intervinientes profesionales del proceso judicial, como jueces, consejeros técnicos y curadores ad litem. Por esa razón, usted ha sido elegido en función de su experiencia o cargo.

¿Cuál es el procedimiento si usted accede a participar en este proyecto de investigación?

Después de haber leído esta información, si usted está dispuesto a participar en este estudio, coordinaremos una entrevista de aproximadamente una hora para el día y la hora que usted estime conveniente, en relación a su disponibilidad, mediante plataforma *Zoom* o el mecanismo tecnológico que más le acomode, atendida la emergencia sanitaria que afronta el país.

Usted tendrá el derecho y oportunidad de hacer preguntas antes de la entrevista, y yo por mi parte, solicitaré a usted que firme este consentimiento informado que demuestra su conocimiento y aceptación acerca de los objetivos de la investigación, el acuerdo voluntario para tomar parte en ella, y la posibilidad de grabar y transcribir la entrevista.

¿Por qué debe usted participar en este proyecto?

Su participación aportará conocimientos de reflexión, análisis y crítica mejorando el conocimiento respecto de la participación significativa de niños, niñas y adolescentes en la toma de la decisión final en los juicios sobre medidas de protección. La importancia de este aporte recae en que actualmente se tramita el proyecto de ley del Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, que podría propender a aumentar el nivel de cumplimiento del derecho a la participación que posee la niñez y la adolescencia por normativa nacional e internacional.

Cabe recordarle que formar o no parte en esta investigación es una decisión libre e informada, considerando incluso que si usted accede a la entrevista tiene el derecho a detenerla en cualquier momento que estime apropiado. Usted tiene el derecho a no aceptar participar o a retirar su consentimiento y retirarse de esta investigación en el momento que lo estime conveniente, sin mediar explicación alguna y sin

consecuencias para usted. Si usted retira su consentimiento, el registro de su entrevista (grabación) será eliminado y la información obtenida no será utilizada.

¿Cómo se administrará la información por usted proporcionada?

Toda la información proporcionada será recogida confidencialmente en un archivo protegido con clave en mi computador personal. Las entrevistas serán transcritas por mí y por otra persona contratada especialmente para dicho efecto, la cual deberá cumplir estándares de confidencialidad sobre la información a la que acceda.

El contenido de la entrevista, que otorgará datos cualitativos, será analizado utilizando el software denominado MAXQDA, el cual se trabajará desde mi computador personal.

Cuando los resultados sean presentados en mi tesis, estos serán reportados anónimamente, a menos que usted consienta por correo electrónico en que yo haga referencia a su nombre y organización. Por último, esta información será completamente eliminada cuando el grado académico haya sido otorgado.

Una vez finalizada la tesis, le haré envío a su correo electrónico, o por el medio que usted disponga, del resumen ejecutivo de los resultados de la investigación y el texto íntegro de la tesis.

Contacto

Si tiene cualquier otra pregunta o necesita más información, por favor siéntase en la libertad de contactarme al e-mail: [REDACTED] o al teléfono celular: [REDACTED]

Declaración de consentimiento

Se me ha explicado el propósito de esta investigación, los procedimientos, los derechos que me asisten y que me puedo retirar de ella en el momento que lo desee. Por lo que declaro haber sido informado y haber comprendido todo lo señalado en los apartados precedentes y que estoy de acuerdo en participar en este estudio de investigación.

Firmo este documento voluntariamente, sin ser forzado a hacerlo, ni renunciando a ningún derecho que me asista.

Se me comunicará de toda nueva información relacionada con el estudio que pueda tener importancia directa para mí.

Al momento de la firma, se me entrega una copia digital firmada de este documento y la otra copia queda en poder del Investigador Responsable.

Nombre Participante Entrevistado/a

Firma

Nombre Investigador Responsable

Firma

Fecha:

Magíster en Gestión y Políticas Públicas

Departamento de Ingeniería Industrial

Universidad de Chile

República 701 Santiago, Chile.

Tel.: (562) 978-4043

Anexo C: Modelo de ficha de datos por tipo entrevistado

FOLIO: _

Ficha de datos exusuarios/as entrevistados/as

Título de investigación: Participación de niños, niñas y adolescentes en las decisiones judiciales proteccionales.

Nombre persona que aplica ficha de datos (tesista responsable): Natalia Alejandra Reyes Díaz.

▪ **Datos de clasificación**

Técnica de investigación	Grupo	Fecha aplicación (dd/mm/aaaa)	Medio de aplicación
Entrevista semiestructurada	Adultos que experimentaron medidas de protección		Videoconferencia (Aplicación Zoom)

▪ **Datos del (de la) entrevistado(a)**

Nombre completo de entrevistado(a):			
Edad:		Fecha de nacimiento:	
Género:	Mujer	Hombre	Otro:

Dirección personal (calle, comuna y región):					
Nacionalidad:					
Estado Civil:	Soltero(a)	Casado(a)	Conviviente	Separado(a)	Viudo(a)
Teléfono:					
Correo electrónico (opcional):					
Situación laboral actual:					

FOLIO: _

Ficha de datos profesionales entrevistados/as

Título de investigación: Involucramiento de niños, niñas y adolescentes para la decisión judicial proteccional.

Nombre persona que aplica ficha de datos (tesista responsable): Natalia Alejandra Reyes Díaz.

▪ Datos de clasificación

Técnica de investigación	Grupo	Fecha aplicación (dd/mm/aaaa)	Medio de aplicación
Entrevista semiestructurada	Profesionales intervinientes en el proceso judicial proteccional		Videoconferencia (Aplicación Zoom)

▪ Datos del (de la) entrevistado(a)

Nombre completo de entrevistado(a):			
Edad:		Fecha de nacimiento:	
Género:	Mujer	Hombre	Otro:

Dirección personal (calle, comuna y región):					
Nacionalidad:					
Estado Civil:	Soltero(a)	Casado(a)	Conviviente	Separado(a)	Viudo(a)
Teléfono:					
Correo electrónico:					

▪ **Datos laborales**

Profesión:	
Lugar de trabajo (institución):	
Actual cargo que desempeña:	
Antigüedad en el cargo:	
Funcionarios públicos: puntaje de las 2 últimas calificaciones funcionarias.	
Otra actividad relacionada a la protección de niños, niñas y adolescentes:	

2. Anexos confidenciales

Los anexos confidenciales que se enlistan a continuación se acompañan a esta tesis en formato digital PDF, protegidos con clave de acceso:

Anexo D: Consentimientos informados suscritos por los entrevistados

Anexo E: Fichas de datos de personas completadas por los entrevistados

Anexo F: Acuerdo de confidencialidad de transcripción

Anexo G: Carpeta “Transcripciones de entrevistas con codificación en MAXQDA”