



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

**INFLUENCIA DE LOS CONSEJEROS TÉCNICOS EN LAS
GESTIONES QUE REALIZAN EN EL MARCO DE LOS
PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA, SEGÚN EL DERECHO DEL
NIÑO A SER OÍDO Y EL DEBIDO PROCESO.**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Daniela Andrea Artigas Barra.

Profesor guía: Gabriel Álvarez Undurraga.

Santiago de Chile.

2016

A mis Padres y Hermanos, por el amor y apoyo incondicional.

“Todos los errores humanos son fruto de la impaciencia, interrupción prematura de un proceso ordenado, obstáculo artificial levantado alrededor de una realidad artificial”

Franz Kafka.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por la fuerza e inteligencia para terminar esta etapa.

A mi familia, por su apoyo.

A mi profesor guía, Gabriel Álvarez Undurraga, por su asesoría y preocupación.

A la Universidad de Chile.

TABLA DE CONTENIDO.

	Página
RESUMEN Y PALABRAS CLAVES.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
 CAPÍTULO I	
“INSTANCIAS EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA, PARA OÍR Y TOMAR EN CUENTA LA OPINIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.”.....	7
1.1.- Evolución de la participación judicial de los niños en Chile....	8
1.2.-Relación entre el derecho del niño a ser oído y el debido proceso.....	12
1.3.- El Procedimiento de Familia, un procedimiento “Desformalizado”.....	14
1.4.- Instancias en el Procedimiento de Familia, para oír y tomar en cuenta la opinión de los niños y adolescentes.....	19
1.4.1.- Audiencia Reservada.....	19
1.4.2.- Audiencia en Sala Gesell.....	22
1.4.3.- Peritajes e informes diagnósticos.....	25
1.4.4.- Curador ad litem.....	26

CAPÍTULO II

“LOS CONSEJEROS TÉCNICOS, RESPETO POR EL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO”.....	29
2.1.- Sobre la figura del Consejero Técnico.....	29
2.2.- Otras gestiones realizadas por el Consejero Técnico y Principios en conflicto.....	38

CAPÍTULO III

“INFLUENCIA REAL DE LAS GESTIONES QUE REALIZA UN CONSEJERO TÉCNICO EN ASUNTOS EN QUE HAY NIÑOS INVOLUCRADOS”.....	54
CONCLUSIÓN.....	67
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	74
FUENTES NORMATIVAS.....	76
FUENTES HEMEROGRÁFICAS.....	79
ANEXO.....	81

RESUMEN

La presente Tesis, trata sobre el nivel de influencia en las gestiones realizadas por los Consejeros Técnicos en los Procedimientos de Familia, según la observancia del derecho del niño a ser oído y el debido proceso,

Para ello, en primer lugar, se determinan cuáles son las instancias del procedimiento de familia que buscan garantizar el derecho del niño a ser oído y tomar en cuenta su opinión. En segundo lugar, se realiza un análisis en la práctica, de las gestiones no reguladas, realizadas por los Consejeros Técnicos que puedan afectar el debido proceso y el derecho del niño a ser oído. Y en tercer y último lugar, se identifica cuál es la incidencia real de las gestiones que realiza el consejero técnico, respecto de las decisiones judiciales.

Los métodos de investigación utilizados, son el método de Análisis, Inductivo y de Observación. Como técnica e instrumentos de recolección de datos, se utilizó fuentes formales primarias y secundarias.

PALABRAS CLAVES: Derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión, Debido Proceso, Consejeros Técnicos.

INTRODUCCIÓN

Para analizar lo que ha sucedido en la Justicia de Familia en Chile hay que partir de la base que ésta tuvo un cambio radical a partir del año 2005. El antiguo sistema tenía una multiplicidad de procedimientos escritos que eran tramitados en tribunales civiles ordinarios (para materias de familia en general) y en tribunales especiales, que eran exclusivos para menores en riesgo social y material. Por lo que el año 2005 se pasó de forma brusca, a la instauración de un procedimiento oral, en un solo tribunal, que abarca todas las materias relacionadas al derecho de familia e infancia.

De tal cambio, resulta que hubo numerosos problemas para su implementación y que, por ese motivo, se realizaron sucesivas modificaciones para optimizarlo. Así, se han encausado los esfuerzos para tener un procedimiento que ha disminuido considerablemente los tiempos de tramitación.

Sin embargo e independiente de las mejoras en la rapidez de las gestiones y la desformalización del procedimiento, podrían presentarse situaciones que pongan en riesgo la protección de los derechos de los niños.

Así lo pude apreciar con el curso en Clínica Jurídica I, ya que en una oportunidad visitamos los Tribunales de Familia de Santiago, y se verificaban conversaciones de pasillo entre los consejeros técnicos y los niños involucrados, previo a la audiencia preparatoria, donde se hablaban materias de relevancia para el caso, de la cual no quedó constancia alguna, ya que era evidente que estas actuaciones están al margen del procedimiento y probablemente nunca llegarán a ser ventiladas ante el juez.

Es por ello que cabe preguntarse, en los casos en que hay niños involucrados ¿Cuál es el nivel de influencia de las gestiones de los Consejeros Técnicos en el Procedimiento de Familia, según el Debido Proceso y el derecho del niño a ser oído? Es decir, en qué grado incide en los fallos de la judicatura, las gestiones de los consejeros técnicos y si en esas gestiones, sobre todo en las no reguladas, se respeta el derecho del niño a ser oído y el debido proceso.

Por lo que esta Tesis, va a permitir calificar la justicia de familia chilena -en este ámbito- y esclarecer los puntos anteriores, no solo por observar si cumple o no con requisitos procesales, o si sus funcionarios tienen conductas que se condicen con lo que les manda la ley, sino que por sobre

todo, analizar si los tribunales de familia garantizan los derechos de los niños y se encaminan hacia su adecuada protección, siendo éste el objetivo general de la investigación.

A lo dicho, cabe agregar que la justificación teórica de esta tesis, radica en aportar en el esclarecimiento de la realidad de los tribunales de familia en lo referente a la participación de los consejeros técnicos y su vinculación con los niños intervinientes en el procedimiento. De este modo, se pretende contrastar lo señalado por la ley con lo que sucede en la práctica, intentando advertir las deficiencias del funcionamiento en tribunales para trabajar en un método para repararlo.

Así las cosas, la hipótesis planteada en la investigación es la que sigue: “Es alta la influencia de las gestiones de los Consejeros Técnicos en la decisión del juez, por esa razón generan una vulneración de los derechos del niño y el debido proceso en el procedimiento de familia en las gestiones no reguladas”.

En el Capítulo I, se responde a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las instancias que buscan garantizar el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión en el Procedimiento de Familia? Teniendo, en

consecuencia, por objetivo específico, determinar cuáles son las instancias del procedimiento de familia que buscan garantizar el derecho del niño a ser oído y tomar en cuenta su opinión.

Cabe señalar que ambas garantías, recién mencionadas, son ampliamente abrazadas por nuestro Ordenamiento Jurídico, no obstante, la alta congestión de los tribunales de familia y las prácticas no reguladas por la ley, son asuntos que merecen especial atención, porque podríamos estar ante una grave vulneración de derechos.

En el Capítulo II, se pretende responder a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son, en la práctica, las gestiones no reguladas en el procedimiento de familia que amenazan el debido proceso y la observancia del derecho del niño a ser oído? Teniendo por objetivo específico, analizar en la práctica, las gestiones no reguladas, realizadas por los Consejeros Técnicos que puedan afectar el debido proceso y el derecho del niño a ser oído.

Por lo tanto, en una primera parte del Capítulo segundo, se realiza un esclarecimiento sobre la figura del Consejero Técnico: quién puede ser consejero técnico; atribuciones y funciones, las establecidas en un cuerpo normativo y las que no; etcétera.

Lo dicho, se sigue en el Capítulo III, donde se realiza un análisis en la realidad de los Tribunales de Familia de Concepción, Talcahuano y Santiago, con las respectivas transcripciones de las entrevistas realizadas, las que sirven para ilustrar de forma más dinámica y real, los planteamientos de esta investigación.

Sin perjuicio, de que el objetivo específico del Capítulo III es responder, ¿Cuál es la incidencia real de las gestiones con niños que la ley les asigna a los consejeros técnicos en el procedimiento de familia? en otras palabras, se pretende dilucidar, cómo influyen en la decisión del juez, las gestiones realizadas por los consejeros técnicos.

Se desarrolla el tipo de investigación documental, en lo referente a la información necesaria para su materialización, contenida en la normativa vigente, libros y artículos de revistas. Así mismo, el método de investigación utilizado, es el método de análisis, pues, el conocimiento se ha obtenido de la identificación de las gestiones de los intervinientes en el Procedimiento de Familia y cómo ellos generan la realidad de los Tribunales de Familia, analizando en particular, la causa y efecto en lo

referente a las gestiones de los Consejeros Técnicos con el derecho del niño a ser oído y con el debido proceso.

También, mediante el método inductivo, observé gestiones cotidianas específicas, para llegar a una conclusión sobre lo observado, en este caso, determinar si las gestiones de los consejeros técnicos son congruentes con el derecho del niño a ser oído y con el debido proceso.

Del mismo modo, con el método de observación, recabé conocimiento acudiendo a la experiencia personal, conversando con abogados, consejeros técnicos, jueces, partes del proceso en los tribunales de Familia.

Se finaliza el presente documento, con las conclusiones pertinentes y opiniones de su autora.

CAPÍTULO I

“INSTANCIAS EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA, PARA OÍR Y TOMAR EN CUENTA LA OPINIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES”

El objetivo de este primer capítulo, busca determinar las instancias en el Procedimiento de Familia, para oír y tomar en cuenta la opinión de los niños y adolescentes.

En virtud de ello es que, en primer lugar, se hace un breve resumen sobre la evolución de la participación de los niños en Chile, para entender el contexto actual; en segundo lugar, se analiza la relación entre el derecho del niño a ser oído y el derecho a un debido proceso; seguido del esclarecimiento sobre el Procedimiento de Familia y el principio de la desformalización, en donde se pretende dilucidar el alcance real del principio; para finalizar el capítulo, con la determinación de las instancias para oír al niño, consagradas en la ley.

1.1.- Evolución de la participación judicial de los niños en Chile.

En Chile se verificó la necesidad de una jurisdicción especial y especializada para los conflictos de familia, siendo una de las razones, la intervención de niños en los procedimientos.

En virtud de ello, cabe precisar, qué se entiende por “Niño” y es precisamente el Artículo 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el que señala que “Niño” es todo ser humano menor de 18 años, sujeto de plena dignidad humana.

Conforme a lo que señala Susan Turner, en su texto “Los Tribunales de Familia”, en el sistema de protección de la niñez en Chile, es posible distinguir tres etapas que se suceden en el tiempo, y que respecto de ellas se aprecia “un aumento sucesivo de la intervención del Estado”¹.

En la primera etapa, según indica la autora, la normativa aplicable al niño era la del Código Civil, que se inspiraba en un afán de protección

¹ TURNER. Susan. 2002. “*Los Tribunales de Familia*” En Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. Talca v.8 n°2. Talca, Chile. p.5

patrimonial del niño, por lo tanto, eran sólo reglas especiales, aplicables durante la época en que el menor llegase a la mayoría de edad.

La segunda etapa, se observa con la ley N° 4.447 de 1928, donde se implanta en nuestro país la doctrina de la "situación irregular", aplicándose la mencionada ley por sobre el Código Civil, al menor enfrentado a un riesgo material o moral, es decir, la ley sólo estaba destinada a los niños en una situación excepcional de desprotección, posibilitando al Estado para intervenir a través de los Tribunales de Justicia.

La tercera etapa, en consecuencia, se inicia con la entrada en vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el año 1990², planteando la nueva tesis de la Doctrina de la protección integral.

"La Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de

² Decreto Supremo N°830, Relaciones Exteriores, D.O de 27.09.90, promulgada Convención sobre los Derechos del Niño.

colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia."³

En virtud de ello, se configura el carácter especial de las controversias donde hay niños involucrados, siendo su participación lo que determina la necesidad de crear los Tribunales de Familia.

Del mismo modo, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, consagra en su Artículo 12, el ejercicio del derecho a participación, manifestado en el derecho a expresarse libremente y a tener acceso a la información, es decir, el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión. El artículo señala que:

“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

³ GARCÍA. Emilio.1994.”*Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*”. Santa Fé de Bogotá, Editorial Forum Pacis, 1994. p.11

directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”

Fue precisamente el año 2004 cuando se promulgó la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, la que abraza algunos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención de Derechos del Niño ratificada por Chile en 1990.

La ley sobre tribunales de Familia, N° 19.968, en su Artículo 16, dentro de los principios del procedimiento, contempla:

“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

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

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

Generando de esta forma, que el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, sea entendido como un mandato legal que obliga a los jueces de familia a recoger su opinión y deseos, en los asuntos en que son intervinientes.

1.2.- Relación entre el derecho del niño a ser oído y el debido proceso.

Por otra parte, la aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, se relaciona con el derecho al debido proceso.

Es elemento del derecho a un debido proceso, lo referente al derecho a la defensa y se entiende en el Diccionario de la Lengua Española por “Defensa” a la “Razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante”⁴ y en doctrina se concibe como la

⁴ Real Academia Española. 2001. *Diccionario de la lengua española* 22.^a edición. Madrid, España.

posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y pruebas⁵.

Cabe mencionar que este derecho, se encuentra expresamente consagrado en la Convención Americana de Derechos humanos, en su artículo 8º, ratificada por Chile. Y también tiene reconocimiento Constitucional en el Artículo 19 nº3, por lo que alcanza a los niños en su calidad de persona.

En la misma línea, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que proceso “es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. La misma Corte ha sostenido que para que el proceso sea debido debe abarcar “las condiciones que debe de cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración jurisdiccional. (...) la citada garantía se extiende, sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción (...) deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico”⁶

⁵ CAROCA. Álex. 1997. “*Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal*”. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial CPU, Santiago, 1997, pp. 80-90.

⁶ NOGUEIRA, Humberto. 2007. “*El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano. Doctrina y jurisprudencia*”. Editorial Librotecnia. Santiago, Chile. pp.280

En el mismo sentido el profesor Enrique Evans señala que derecho a defensa jurídica es el “derecho a solicitar y obtener la intervención de abogado para la defensa de los derechos de las personas, intervención que debe admitirse no sólo en los tribunales de justicia, sino en cualquier otro órgano jurisdiccional o ante cualquier autoridad”⁷

Resulta evidente, la estrecha relación que existe entre estos dos derechos, por lo que la no observancia de uno, implica la vulneración del otro. En lo concreto, si no se oye ni se toma en cuenta la opinión del niño, se estaría infringiendo el derecho a un proceso debido y la igualdad ante la ley, ya que se privaría a los niños de derechos inherentes a su calidad de sujetos de derechos.

1.3.- El Procedimiento de Familia, un procedimiento “Desformalizado”.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario mencionar, que ni la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ni la legislación nacional como la ley N° 19.968, establecen cómo ejecutar el derecho del

⁷ EVANS, Enrique. 1986. *“Los derechos Constitucionales Tomo II”*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. pp. 27

niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión. ¿Se deben suplir esos vacíos legales con los Principios del Procedimiento de Familia?

La ley N° 19.968 en el apartado normativo titulado “Principios del procedimiento” señala en su artículo 9:

“Artículo 9: El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes.”

Sin embargo, resulta urgente determinar qué se entiende por “desformalización del procedimiento” y en virtud de ello el autor Francesco Carretta, comenta que en el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de Estrasburgo 1996, se promueven y garantizan los derechos adjetivos de un menor, considerándose a éste, en consecuencia, como un sujeto procesal, independiente de su representación. Y en dicho instrumento internacional, no se observa ningún apartado que incluya la posibilidad de desformalizar el proceso o de flexibilizar sus formas o trámites, ni expresa ni tácitamente. Manifestando que sólo se apuesta a la

rapidez en la toma de decisiones judiciales sobre cuestiones relacionadas a la protección de la infancia.

Siguiendo el mismo razonamiento, en la Convención sobre los derechos del niño suscrita por Chile el año 1990, no hay indicio alguno sobre la desformalización como una de las vías de tutelar de mejor forma los derechos de los niños. Pero este argumento se confirma también con la historia fidedigna del establecimiento de la ley en que se consideró la inserción del artículo 10: *"Desformalización. En silencio de la ley, el juez determinará la forma en que se verificarán las actuaciones y, en esta tarea, como en la de interpretar las normas del procedimiento, tendrá siempre presente que su objetivo es el adecuado resguardo de los derechos reconocidos por la ley y la más pronta y justa decisión de la controversia"*.

Este proyecto de artículo luego se eliminó, porque se estimó que la propuesta incidía en la creación normativa, lo que incursiona en atribuciones propias del legislador y no del juez de familia. Resultando evidente el temor de que el juez de familia pudiese crear trámites o formas novedosas que pueden atentar contra los derechos tutelados, como el derecho a un debido proceso.

La Corte Suprema ha señalado que "el propósito de la desformalización, cual es impedir que fórmulas sacramentales obstaculicen la prosecución del juicio, no importa la absoluta ausencia de formas procesales para la realización de actuaciones y el cumplimiento de las diligencias judiciales que ejecutan un debido proceso"⁸. Sin embargo, considero que la definición es oscura, porque no menciona si se trata de un principio o de una característica del procedimiento, dejando una aparente libertad a los jueces para modificar aspectos como, por ejemplo, los plazos.

En consecuencia, siguiendo la idea de Francesco Carretta, queda claro que el actual tenor del artículo 9 y el artículo 10 que se eliminó, se puede decir que no es un principio. Siendo la desformalización, un dispositivo de técnica procesal, una característica inherente a un procedimiento que busca la tutela de los derechos de la familia y la infancia. Esto se comprueba al observar de forma comparativa las flexibilidades del procedimiento de familia en relación a uno civil patrimonial.

Lo expuesto, genera más preguntas que intentarán ser respondidas en los capítulos que preceden, sin embargo, para determinar cuáles son las

⁸ Corte Suprema, sentencia dictada el 30 de octubre de 2007; BARRIENTOS, Javier. 2009. *“El código de la familia”*. Santiago, Chile. Editorial Legalpublishing, pp. 556.

instancias que buscan garantizar el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión en el Procedimiento de Familia, parece imposible poder remitirse a artículos de la ley que crea los tribunales de familia o a otro cuerpo normativo, ya que no se le da un tratamiento taxativo a estas materias en la legislación vigente. No se nombran ni se enumeran las gestiones, por ello determinarlas, es una cuestión que debe analizarse en tribunales con los intervinientes del procedimiento.

A esta misma aseveración llegan las autoras de “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus, quienes dan a conocer en ese texto, los resultados de un estudio empírico llevado a cabo en Tribunales de Familia de la Región Metropolitana.

Respecto de la mencionada investigación en el párrafo anterior, sostendré algunos de los argumentos plasmados en ella, para determinar las instancias que buscan garantizar el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión en el procedimiento de familia, en conjunto con un análisis de la Ley N° 19.968 y la realidad observada en los Juzgados de Familia.

1.4.- Instancias en el Procedimiento de Familia, para oír y tomar en cuenta la opinión de los niños y adolescentes.

Del análisis de la ley n° 19.968 y el auto acordado Acta n°237-2014, radica la enumeración de instancias que siguen, sin embargo, visitar los tribunales, es lo que permite comprender y aportar más información respecto de cada instancia.

1.4.1.- Audiencia Reservada.

El artículo 15 de la Ley 19.968, señala que:

“Publicidad. Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos. Excepcionalmente y a petición de parte, cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente niños, niñas y adolescentes, el juez podrá disponer una o más de las siguientes medidas:

a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia.

b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas”.

Las audiencias reservadas o audiencias privadas, son una actuación procesal que no consta de forma expresa en la ley y que tiene un objetivo vinculado a otras actuaciones predefinidas por la ley. Normalmente, se efectúa por una sola vez y son dirigidas, por lo general, por el juez de familia, quien cuenta con la asesoría del consejero técnico, por si así lo requiriese.

En general, y como consta en la práctica, se escucha a los niños con ocasión de la audiencia preparatoria o de la audiencia de juicio, antes o durante su realización y en un lapso de tiempo no superior a los 15 minutos, en la misma sala de audiencia, donde existe un ambiente solemne diseñado para el litigio.

Sin embargo, algunas veces las audiencias reservadas son programadas con fecha y un horario determinado para otra oportunidad, siendo, ésta la excepción y no la regla general.

Conforme a la investigación que consta en “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, concluyen que en este mecanismo falta claridad en los operadores sobre los objetivos de la audiencia reservada. Ya

que algunos jueces analizados en audios, dan a esta actuación el formato de un interrogatorio más que de un diálogo, haciendo al niño preguntas cerradas y abiertamente sugestivas. Sin embargo, con el paso del tiempo, numerosos son los jueces que deciden delegar la realización de la audiencia reservada a los consejeros técnicos.

Por otra parte, cabe señalar que en la práctica esta actuación está rodeada de algunas medidas tendientes a la “protección” del niño. De este modo, los jueces consideran que la publicidad de la audiencia pugna con el derecho a la intimidad de los niños (Artículo 16 CIDN) y los expone a manipulaciones o sanciones por parte de sus padres u otros intervinientes en el procedimiento.

Se enfrenta aquí la publicidad que fomenta la transparencia del órgano asesor y, por otro, la garantía constitucional del respeto y protección a la vida privada de las personas (art. 19 N°4).

De lo revisado en “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile” y mi propia investigación en los Tribunales de Familia, es posible concluir, que la opinión del niño es escasamente recogida en los fallos de los jueces, y en los casos en que se refieren a ella, no se entrega información acerca de

su contenido e influencia en el fallo. El ejemplo que sigue, manifiesta lo señalado.

- *Al momento de fallar ¿Cómo incorpora lo conversado con los niños? Y ¿Cuál es el peso que le concede a esos relatos?*

Mira, en el texto del fallo, bueno, depende de la edad y en la forma en que manifiesta el peso de la entrevista, porque de repente salta a la vista que existe una manipulación por parte de los padres, o sea, esa es una cuestión evidente en muchos casos, pero como que por eso pierde peso lo que dice el niño, o a veces son muy pequeñitos y tienen otros objetivos, por eso la entrevista depende un poco de eso.

Y lo incorporo en términos generales, no lo transcribo.

Jueza. Tribunales de Familia de Talcahuano.

1.4.2.- Audiencia en Sala Gesell.

La Implementación en los tribunales de familia de las salas Gesell⁹ se comienza a verificar en julio del año 2014.

⁹ Auto Acordado ACTA N° 237-2014. Sobre Salas Gesell en tribunales de familia.

En esta instancia, se produce una participación directa de los Consejeros Técnicos con los niños, siendo una nueva forma de oír a los niños, niñas y adolescentes.

A juicio de los consejeros técnicos de Talcahuano, consideran que esta implementación llega a mejorar la protección de los derechos del niño.

La implementación de la sala Gesell aun cuando sigue siendo una facultad del juez determinar su utilización, requiere de la participación del consejero técnico quien, dirigido por el Juez, es el que entrevista directamente a los niños/as y adolescentes. Así, se ejemplifica en el extracto de entrevista que sigue.

“hoy, tuve una audiencia en sala Gesell con un niño de 14 años, y la magistrado, ordenó escucharlo para evitar una posible casación, porque todas las entrevistas en sala Gesell son tomadas por los consejeros técnicos y el juez está atrás del espejo, porque el consejero es el experto en entrevistar niños para así no vulnerar al niño en sus derechos, porque lo hacemos de forma más adecuada que el juez”.

Consejera Técnica. Psicóloga. Tribunales de Familia de Talcahuano.

Sin embargo, al visitar los Tribunales de Familia de Santiago, pude observar que la sala Gesell, no se utiliza tanto como en Talcahuano por ejemplo, ya que en el extracto de entrevista que sigue, se advierte la entrevista en sala Gesell como una instrumentalización del niño. No pude verificar su uso en los Tribunales de Concepción, ya que a la fecha de esta investigación, en dicho tribunal, aún no se ha implementado.

“-¿Qué opina sobre la sala Gesell?”

Ay, a mí no me gusta esa cuestión. Siento que instrumentalizan al cabro chico. El objetivo ahí es sacar información, pero para qué están los programas ambulatorios, ¿para qué exponemos al niño?, los niños se estresan mucho, en verdad se ponen nerviosos. Entre menos traigas a un niño a los tribunales es mejor, hay que traerlos según la edad, y preguntarles ¿quieres conversar? Encuentro que la parafernalia de la sala Gesell, es demasiado innecesaria”.

Consejera técnica. Asistente social. Centro de medidas cautelares y violencia intrafamiliar. Tribunales de Familia de Santiago.

1.4.3.- Peritajes e informes diagnósticos.

Los peritajes e informes diagnósticos son instancias que buscan garantizar el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión, pero donde el profesional traduce o interpreta lo que los niños dicen, piensan o desean. Ello se extrae del artículo 45, que trata la materia.

“Artículo 45.- Procedencia de la prueba pericial.

Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

Procederá la prueba pericial en los casos determinados por la ley y siempre que, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

Los informes deberán emitirse con objetividad, ateniéndose a los principios de la ciencia o a las reglas del arte u oficio que profesare el perito. Asimismo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar la

elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores que reciba aportes del Estado y que desarrolle la línea de acción a que se refiere el artículo 4º, N° 3.4, de la ley N° 20.032, cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto”

Como sabemos, las pericias son medios de pruebas, cuya finalidad es aportar información experta al juez, acerca de los hechos o sucesos.

Se trata de exámenes técnicos formulados por una persona que tiene conocimientos en una determinada ciencia o arte, quien luego debe emitir un informe ante el juez. Siendo este medio de mayor utilidad en los asuntos referentes a niños pequeños.

1.4.4.- Curador ad litem.

La figura del curador *ad litem* es consagrada en la Ley N° 19.968 y funciona como un mecanismo que permite garantizar el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión, fundamentalmente, en casos de vulneración de derechos.

Este mecanismo, está consagrado en el artículo 19 de la Ley N° 19.968, y para su mejor comprensión, se citan los primero tres incisos.

“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”.

Es necesario mencionar, que el curador al litem, considerado como el “abogado del niño”, tiene una participación activa, así lo pude comprobar con su presencia en todas las audiencias de vulneración de derechos a las que asistí, tanto en los Tribunales de Talcahuano, como en el Centro de medidas cautelares y violencia intrafamiliar de los Tribunales de Familia de Santiago, por lo que su intervención, favorece ampliamente el derecho del niño a ser oído a través de él, como también su presencia constituye la observancia de un debido proceso.

Con todo lo dicho, se han identificado cuatro instancias para oír y tomar en cuenta la opinión del niño/niña o adolescente. Determinar su efectividad, o cuestionar criterios como, cuándo se oye al niño, desde qué edad, qué nivel de madurez debe tener, etcétera, son asuntos sumamente relevantes, y que, sin lugar a dudas, han llamado la atención, pero no forman parte de mi investigación.

CAPÍTULO II

“LOS CONSEJEROS TÉCNICOS, RESPETO POR EL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO”

En este segundo capítulo, se estudiará la figura del consejero técnico, consagrada en la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, como también en los autos acordados que regulan sus facultades. Del mismo modo, a través de entrevistas realizadas en diversos tribunales de familia del país, se intenta esclarecer las gestiones que realizan los consejeros técnicos y que no están reguladas en la ley, y los principios en conflicto con estas actividades.

2.1.- Sobre la figura del Consejero Técnico.

La ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, establece la necesidad de crear un “Consejo Técnico” en cada juzgado de familia. Esta institución de carácter técnico e interdisciplinario, debe estar compuesto por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia.

Para ser consejero técnico, se debe cumplir con los siguientes requisitos que determina la ley:

“Artículo 7º.- Requisitos para integrar el consejo técnico. Para ser miembro del consejo técnico, se requerirá poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por alguna universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste.

Además, se deberá acreditar experiencia profesional idónea y formación especializada en materias de familia o de infancia de a lo menos dos semestres de duración, impartida por alguna universidad o instituto de reconocido prestigio que desarrollen docencia, capacitación o investigación en dichas materias.”

Actualmente, los cargos de consejeros técnicos son ejercidos en su mayoría, por trabajadores sociales y psicólogos, sin embargo existen psiquiatras, orientadores familiares y otros profesionales afines que también realizan esta labor, donde algunos de ellos, prestaban servicios en los antiguos juzgados de letras de menores, y programas de violencia intrafamiliar, quienes fueron traspasados mediante el articulado transitorio

de la ley N° 19.968. Sin embargo, ahora la postulación se realiza por concurso público.

La ley N° 19.968, señala en su artículo 5, párrafo segundo, que son funciones del Consejo Técnico:

“Artículo 5°.- Funciones. La función de los profesionales del consejo técnico será la de 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 atribuciones:

- 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 7° de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, y

e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.”

Estas atribuciones del consejo técnico son generales, pero se han ido especificando, en los siguientes autos acordados:

- Auto Acordado Acta N° 93 – 2005. Sobre el rol y funciones de los Consejos Técnicos en los Juzgados de Familia.
- Auto Acordado Acta N° 104 – 2005. Relativo al funcionamiento de los Juzgados de Familia.
- Auto Acordado Acta N° 51 – 2008. Sobre programación de audiencias en los Tribunales de Familia.
- Auto Acordado Acta N° 98 – 2009. Sobre gestión y administración en Tribunales de Familia
- Auto Acordado Acta N° 37 – 2014. Regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por

los tribunales de familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia.

- Auto Acordado Acta N° 237– 2014 Sobre Salas Gesell en tribunales de familia.

La tabla que sigue, sirve para comprender con mayor facilidad todas las funciones que desempeñan¹⁰.

Funciones	Año	Ley	Auto Acordado
Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas	2004	19.968	93-2005
Asesorar al juez para la adecuada comparecencia. Y declaración del niño, niña o adolescente;	2004	19.968	93-2005
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	2004	19.968	93-2005

¹⁰ Ver “Funciones de los Consejeros técnicos en la judicatura de familia” [En línea] <<http://ancot.cl/wp/wp-content/uploads/2015/07/informe-de-ddi-de-funciones-cctt.pdf>> [Consulta: 30 de Noviembre 2015]

Asesorar al juez, a requerimiento de éste, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7° de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar	2004	19.968	93-2005
Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad	2004	19.968	
Asesorar al Juez en ponderación de informes de seguimiento	2004	19.968	
Asistir al tribunal en la adecuada calificación de una situación relativa a la derivación u orientación a los intervinientes hacia las instituciones que correspondan, de ser necesario.	2005		93-2005
Asistir al Juez en la realización de las visitas periódicas a los establecimientos residenciales existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección;	2005		93-2005
Participar en la coordinación con instituciones asistenciales públicas y privadas, u organizaciones comunitarias, en materias de competencia del tribunal;	2005		93-2005
En forma excepcional y sin perjuicio de las	2005		93-2005

labores propias de la unidad de atención de público de los juzgados de familia, brindar atención especializadas a los comparecientes en aquellas situaciones que requieran la contención emocional inmediata de las personas;			
Asistir a las audiencias proteccionales e infraccionales, sean preparatorias o de juicio	2005		104-2005
Entrevistas con los intervinientes previa a la audiencia en busca de bases de acuerdo.	2008		51-2008 y 98-2009
Entrevista con las partes en búsqueda de resolución de incidentes (incumplimiento de régimen comunicacional, alimentos, cuidado personal provisorio)	2008		51-2008 y 98-2009
Revisión anticipada de agenda	2009		98-2009
Mantenimiento actualizado del catastro de niños ingresados en residencias y de la red social de apoyo	2009		98-2009
Labores administrativas fuera de audiencia. Polifuncionalidad	2009		98-2009
Registro de visitas efectuadas por los Jueces a los centros residenciales.	2009		98-2009

Ingreso a audiencias de acuerdo a tipología de caso de acuerdo a cada tribunal	2009		98-2009
Confección de fichas individuales	2014		37-2014
Confección de fichas residenciales	2014		37-2014
Confección Ficha Ambulatoria	2014		37-2014
Asesoría en sala Gessell	2014		237-2014

En lo particular, los consejeros técnicos asisten a las audiencias y emiten las opiniones técnicas que les sean solicitadas, de ese modo asesoran al juez en diversos aspectos relacionados a su experiencia y profesión, como por ejemplo, lo referente a la comparecencia y declaración de niños y adolescentes; evalúan la pertinencia de derivar a mediación o conciliación; asuntos referente a la prueba, y en general, asesorando al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.

La presencia del consejero técnico en los juicios de familia ha generado, en la práctica, la implementación de una audiencia preliminar, a modo de reunión privada con las partes, por ello es de vital importancia señalar que la entrevista con los involucrados en un procedimiento de familia, es una de las herramientas fundamentales del consejero técnico para obtener los

antecedentes que le permiten analizar el caso, de ese modo, sabe con mayor claridad las sugerencias que va a emitir, en su intervención en audiencia preparatoria y de juicio.

Es cada vez mayor la aceptación en los tribunales de familia, del mandato entregado por la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, la cual señala que los niños, niñas o adolescentes son sujetos de derechos, protegidos por el principio que señala que cuando éstos estén involucrados en un procedimiento judicial, se velará por su interés superior y su derecho a ser oído.

Sin embargo, dada la dispersión normativa que trata las funciones y atribuciones del consejero técnico, se torna complejo el que todos quienes realizan esta labor, conozcan íntegramente tanto los auto acordados que los regulan, como la ley de tribunales de familia, su estructura, competencias, principios, procedimientos, etc.

Por lo tanto, ya sabemos que existe una deficiente regulación sobre las facultades de los consejeros técnicos por lo que cabe preguntarse, ¿Cuáles son, en la práctica, las gestiones no reguladas en el procedimiento de familia, que amenazan el debido proceso y la observancia del derecho del niño a ser oído?

En los casos en que hay niños involucrados, el consejero técnico realiza gestiones que no están del todo reguladas -como mucha de las gestiones que realizan- que según veremos, depende del tribunal, sin embargo, nace una natural pregunta en virtud de lo delicado que es realizar actuaciones con niños, ¿Cómo se respeta el derecho del niño a ser oído y el debido proceso?

Esa pregunta, es la que se intentará responder al finalizar esta tesis, sin embargo y de momento, ya iniciaremos una aproximación a su respuesta en las páginas que siguen.

2.2.- Otras gestiones realizadas por el Consejero Técnico y Principios en conflicto.

Conforme a lo indagado en distintos Tribunales de Familia del país, los consejeros técnicos, señalan que en cada tribunal, se vive una realidad distinta, en palabras de varios de los entrevistados “cada tribunal es un mundo diferente”

Para ilustrar de forma veraz, se transcribieron varias de las entrevistas realizadas a los consejeros técnicos, quienes desde su experiencia y práctica

profesional en tribunales de familia, han compartido en esta investigación, su percepción respecto de las gestiones que realizan.

“-¿Respecto de las facultades del consejero técnico, aparte de las que señala la ley, usted advierte otras?

Pffff...Nosotros hacemos muchísimo más de lo que dice la ley, nosotros, por ejemplo, hacemos la atención de público directa, hacemos la ponderación de los factores de riesgo, hacemos las conciliaciones, todas las conciliaciones previo a la audiencia , también hacemos entrevista previa en las causas de violencia y medidas de protección, evaluamos las cautelares, ponderamos los seguimiento de causas, monitoreo de las medidas de protección y han aparecido una serie de fichas que se completan con la red SENAME, red salud, son muchas, y eso lo hacemos todo nosotros”¹¹

Consejera técnica. Asistente Social. Tribunales de Familia de Talcahuano.

¹¹ Ver entrevista completa en el Anexo. página 103.

“-¿Respecto de las facultades del consejero técnico, aparte de las que señala la ley, usted advierte otras?

“Tenemos muchas más funciones que las señaladas por ley, uuuuf, pero si piensa tú, que aquí nos tienen redactando resoluciones y esa es una cuestión que claramente no nos corresponde, hora, yo sé de la realidad de los tribunales del norte, porque trabajé allá, y yo te digo que el consejero técnico, solo entraba a audiencia y hacia los seguimientos, y nada más, o sea efectivamente, nosotros tenemos hartoo más trabajo que hacer”¹²

Consejera técnica. Asistente social. Tribunal Mixto.

“- ¿Cuáles son las gestiones que realiza en este Tribunal?

Nuestra presencia en este tribunal es muy importante, porque estamos presentes en todo el curso de la causa, desde que ingresa nosotros tenemos que hacer el primer filtro, así lo decidió el comité de jueces, por eso, nosotros hacemos la atención de público, por eso, nosotros revisamos el parte de denuncia, tenemos que hacer un informe de opinión y ponderar,

¹² Ver entrevista completa en el Anexo. Página 90.

sugerir si a esa causa se le da curso o no, o si se decreta una cautelar o no, si se deriva a fiscalía o que se yo, todo pasa por nosotros y a raíz de eso se le da el primer proveído. Y de ahí en adelante, nosotros entramos a audiencia, prácticamente en todas las materias, hemos tratado de quedar afuera de algunas materias, pero hasta realizamos las conciliaciones, los magistrados antes de entrar a audiencia nos solicitan realizar las conciliaciones y nosotros en un 70% zanjamos acuerdos aquí, (indica su oficina) previo a la audiencia y eso se ratifica adentro en la audiencia con el juez y se dicta sentencia inmediata.

Nosotros también hacemos el seguimiento de las causas, todo pasa por nosotros, si se mantiene, se prorroga, se ratifica, revisar medidas de protección, todo eso pasa por nosotros”.

-¿Dónde queda registro de esas actuaciones? ¿Registran en audio?

¿Acta?

No queda registro, pero se ratifican los acuerdos dentro de la audiencia, en audio y se dicta como sentencia inmediata. Esto se utiliza mucho en la relación directa y regular, en alimentos.¹³

Consejero Técnico. Psicólogo. Tribunales de Familia de Talcahuano.

-¿Advierte gestiones no reguladas realizadas por los consejeros técnicos?

Mira, la verdad, en algunos tribunales, existen varias malas prácticas que exponen al niño a una situación compleja donde el siente que pasa a llevar las lealtades que tiene respecto de sus padres, antes esto ocurría mucho más, ahora cada vez menos, ahora con la sala Gesell, es una instancia para poder disminuir esas situaciones, el problema es que no en todos los tribunales se usa, y tampoco está en todos los tribunales, en el caso de nosotros acá, en el caso en que hay que entrevistar a algún niño, eeeh uno intenta que sea en un espacio a lo mejor no en el pasillo, ya sea aquí en mi oficina si es que tengo alguna duda o preguntarle alguna cosa yo le pregunto aquí, y obviamente que la sala Gesell eso es lo más adecuado porque en ese sentido es un ambiente menos amenazante, más protegido,

¹³ Ver entrevista completa en el Anexo. página 90

es donde se le explica al niño dónde está, porque está ahí, quien está al otro lado del espejo, que yo le voy a hacer las preguntas, que va a ser reservado, es distinto, eeeh, de que se siguen haciendo malas prácticas dentro de los tribunales, eso es así, lo que sí, la rapidez, la cantidad de audiencias de repente, eeh, la rapidez del proceso, y los atrasos de ir a una y otra e ir saliendo rápidamente, en algunos tribunales eso pasa la cuenta y queda en un segundo plano las necesidades de un niño, porque para hacer una pregunta importante a un niño eeh, uno tendría que hacerla en un lugar privado, donde esté cómodo el niño, entonces, la idea es que estas cosas no se sigan haciendo, que se corte, porque el tema de la victimización secundaria, así se llama en psicología, en donde los actores de la justicia van a vulnerar a la víctima preguntándole, aparte de lo que ha vivido, fiscalía, tribunal, carabinero, entonces se busca eliminar esta victimización secundaria y darle al niño un contexto más acogedor, donde uno pueda digamos, conversar con él porque uno, en este contexto de familia, no es para, no es inquisidor, ni para buscar la verdad, sino que para saber cómo está él y para saber que nos de algunas luces de la situación , cuáles son sus necesidades, sus deseos, y eso, no es como en el área penal, aquí no hay intención de veracidad.

Pero bueno, por lo menos, nosotros acá, siempre hemos tenido el cuidado de, tenemos súper claro que el trato es diferente cuando hay un niño, cuando hay un adolescente, porque por lo general a las audiencias preparatorias vienen los niños pero a ellos no los escuchan, ellos por ejemplo, en las medidas de protección que fue lo que tú viste hoy día, yo conversé con las partes, yo hice toda mi indagación , yo bajé, hablé con la magistrado y le dije, magistrado yo le sugiero que hagamos esto, esto y esto y lo que yo le sugerí a la magistrado, ella lo replicó, entonces así funciona, hay veces que ella te dice, ay pero sabe que no me parece que hagamos esto, le parece si hacemos esto otro, porque la verdad no me queda tan claro si es que, ya magistrado, entonces hagámoslo de esa manera, lo conversamos. Siempre es así para las medidas de protección, para las de violencia es lo mismo.

Eeeh, en general cuando derivamos al DAM, se prescinde de la opinión del niño, por ejemplo, hoy la niña era de 5 años, entonces allá la van a evaluar los peritos y ahí viene un informe completo con todo lo que la niña dice, se le evalúa la situación de ella, entonces traerla al tribunal a hablar eso y que cuente de nuevo cómo fue violada, cómo que no, aparte la niña tenía una dificultad, un trastorno de lenguaje, entonces no, por eso se

sugirió no citar a audiencia reservada, pero quizás si hubiese tenido 12, 13 años, se le hubiera citado, y se hubiese entrevistado el día de la audiencia. Entonces ahí hay varias cosas que se van considerando, pero nosotras acá, hacemos varias cosas para evitar que los niños sean vulnerados, por ejemplo, acá los jueces ya no entrevistan solos, prácticamente no, entonces siempre piden un consejero técnico, por ejemplo, en otros tribunales ellos los entrevistan desde el estrado, teniendo sala Gesell, y les preguntan una cantidad de cosas que al final los niños terminan mucho más afectados, por eso casi todos los magistrados en este tribunal tienen criterios aunados sobre cómo hacerlo, por eso siempre piden un consejero técnico, ellos con el tiempo y con las capacitaciones y todo el tema de las salas Gesell, en realidad ellos ya no entrevistan directamente a los niños”¹⁴

Consejera Técnica. Psicóloga. Tribunales de Familia de Talcahuano.

¹⁴ Ver entrevista completa en el Anexo. página 96.

-Usted trabajó, según me contó, en varios tribunales de la región, ¿recuerdas alguna mala práctica, alguna gestión no regulada, realizada por consejeros técnicos?

Sí, y sobre todo antes, antes más que ahora, ahora prácticamente ya no, yo en el 2006 empecé a trabajar en los tribunales de familia y sí, vi, presencié y escuché, preguntas que no eran adecuadas para niños en lugares no adecuados para niños, como ¿con quién quieres vivir tú? Emm, eh, no se po, preguntas que quizás no se deben hacer porque formularlas de esa manera le generan una responsabilidad demasiado grande al niño y respecto de lo que suceda, pensar que decidió algo cuando en realidad no lo hizo, eh o decirle cosas inadecuadas en ese sentido en lugares que no son aptos, eh que no sé po, a mí las preguntas que más me chocaban eran cuando los ponían a decidir, o que les preguntaran cuando había abusos, cómo había sido, cómo los habían tocado, porque eso no es necesario que lo digan en la audiencia reservada, porque eso es competencia de la evaluación del delito y eso se hace en otro lugar¹⁵.

Consejera Técnica. Psicóloga. Tribunales de Familia de Concepción.

¹⁵ Ver entrevista completa en el Anexo. página 101.

Con lo dicho, en los extractos de las entrevistas, se puede llegar a varias conclusiones. Por un lado, que el consejero técnico realiza muchas más gestiones que las señaladas por la ley, en virtud de la realidad de cada tribunal, dependiendo de la cantidad de personas que laburan en el mismo o en la especialización sobre las materias de familia, por ejemplo, en los tribunales de Talcahuano son los consejeros técnicos quienes realizan la atención directa de público, mientras que en los tribunales de Concepción, los consejeros técnicos no realizan esa labor, ya que existe una unidad de atención de público que tienen la capacitación suficiente como para hacerlo.

Siguiendo la misma idea, según lo relatado por una consejera técnica de un tribunal mixto de la octava región¹⁶, el consejo técnico de este tribunal debe redactar resoluciones, cuestión que no está establecido en la ley y que se escapan de las funciones tradicionales realizadas por un consejero técnico.

Bajo el mismo argumento, once de quince consejeros técnicos entrevistados, advierten y reconocen, la realización de gestiones que no están reguladas, las cuales por los principios que dan forma al

¹⁶ La Consejera técnica, accedió a responder la entrevista, con la condición de que no publicara el tribunal en el cual ella trabaja.

procedimiento de familia, tienden a ser malas prácticas, prefiriendo la celeridad de las gestiones por sobre la no vulneración de derechos, especialmente, los derechos de los niños. Sin perjuicio de ellos, la mayoría señala, que dichas malas prácticas, se realizan con cada vez menos frecuencia y que se verifican en los tribunales donde no se han realizado capacitaciones para entrevistar a los niños, especialmente, la capacitación respecto al uso de la sala Gesell.

Como se señaló anteriormente, son las entrevistas con el consejero técnico, la mejor instancia – según señalan- para recoger información. Ya que se pudo constatar a través de la observación en tribunales de una práctica bastante generalizada, consistente en entrevistas privadas y previas a las audiencias entre los consejeros técnicos y las partes o entre los primeros y los niños, de lo cual no queda registro. El único registro es el audio de la audiencia, en donde se ratifica lo acordado -o no- en la entrevista previa.

En virtud de ello, es que resulta imperioso, tratar en esta sección, lo referente a la disputa entre el principio de la publicidad, por una parte, y el principio de la privacidad, por otra.

a) Derecho a la privacidad de los niños y la publicidad de las actuaciones judiciales.

Según lo comentado, se advierte un evidente riesgo en estas prácticas. Dado que el material obtenido por los consejeros técnicos en estas entrevistas privadas (y fuera de audiencia) no forma parte del juicio, por lo tanto, no es posible saber qué se hace con la información recogida, si es transmitida al juez y de qué forma y, por último, no se sabe si el juez utiliza o no esa información al momento de fallar, porque el consejero técnico, constituye un cuerpo de asesoría especializado que pone a disposición del Juez, la visión interdisciplinaria necesaria para resolver, con una labor en cualquier otra materia de su especialidad en que el juez lo solicite.

Sin ir más lejos, en la historia de la ley N° 19. 968, se señala que la Comisión de Familia de la Cámara había introducido dos importantes modificaciones al Proyecto relativas al Consejo Técnico y que fueron tomadas por la Iniciativa:

1. La ampliación de su composición, originalmente de psicólogos y asistentes sociales, incorporando a orientadores familiares (art. 5).

2. La eliminación del carácter público de los informes y opiniones del Consejo Técnico, argumentando que dicho carácter podría atentar contra el derecho a la privacidad de las personas, al estar los informes normalmente referidos a cuestiones del ámbito familiar, coincidentemente con lo dispuesto por el artículo 16 de la CIDN respecto del derecho a la intimidad del niño y de su familia. Se sustituyó entonces la publicidad, por la obligación del Tribunal de poner en conocimiento de las partes, durante las audiencias, el contenido de los informes y en esos términos reguló la Indicación esta materia (art. 4 inciso 3).

Dichas modificaciones se mantuvieron y dan forma a estos auxiliares de la justicia.

Sin embargo, la publicidad de los actos procesales constituye una de las garantías del derecho a un debido proceso, porque sirve no sólo para que las partes tengan acceso a la información del proceso, sino que también como un mecanismo para ejercer control a las actuaciones de la autoridad, siendo fundamental en una democracia constitucional. En ese sentido es definido por la doctrina como “la facultad que la ley confiere a toda persona para imponerse de las actuaciones judiciales, aun cuando no sea litigante

interesado en ello, a través de los medios que la misma ley le franquea”¹⁷ y al ser una garantía considero que es “la única posibilidad efectiva de garantizar un adecuado comportamiento de los jueces, una defensa efectiva, de controlar la suficiencia de la prueba, entre otros aspectos, es por medio de la realización del juicio de manera pública, frente al conjunto de la ciudadanía”¹⁸

La publicidad de las actuaciones judiciales según la ley N° 19.968, admite a los padres y abogados a asistir a las audiencias o al menos, tienen un acceso a las actas o audios. De este modo, la privacidad de alguna -o todas- las actuaciones atenta contra el derecho a la defensa, sin perjuicio, que la total publicidad, por ejemplo de las audiencias reservadas, o entrevista en sala Gesell con el consejero técnico, al ser conocida por los padres o abogados intervinientes, podrían situar al niño en un conflicto en donde se sientan “atrapados en la lealtad y dependencia de sus padres y el deseo de convertirse en adultos autónomos”¹⁹

¹⁷ CORREA, Jorge, 2005. “*Curso de Derecho Procesal. Tomo I*”, Derecho Procesal Orgánico. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. p.104

¹⁸ RIEGO, Cristián. “El proceso penal chileno y los derechos humanos”. Cuadernos de análisis jurídico. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1994, p. 13.

¹⁹ BELLOF, Mary. 2000. “*Derecho constitucional, sobre y para menores*”. En: Derecho, Infancia y Familia. Biblioteca de Yale de Estudios Jurídicos. Editorial Gedisa.

Respecto de las entrevistas privadas entre un consejero técnico y un niño, no existe certeza del modo en que se llevan a cabo, ya que no queda registro, salvo las realizadas en sala Gesell, respecto de las cuales tampoco existe acceso, aunque sea con fines académicos investigativos, sin embargo, y según lo manifestado por los consejeros técnicos entrevistados, el límite entre una entrevista y un interrogatorio, es muy fácil de traspasar y más aún cuando se está frente a actores que no cuentan con la capacitación pertinente, pudiendo generar incluso, la victimización secundaria, la que se observa cuando “la víctima es frecuentemente tratada en el ámbito judicial con insensibilidad, sin tenerse en cuenta que los sucesos por los cuales ha intervenido la justicia son de tal magnitud que la han marcado para siempre; que llega dolida, confundida, con sentimientos que la atormentan y que lo último que necesitan es una nueva victimización”²⁰

Para cerrar el capítulo, es necesario comentar que la discusión en torno a la ponderación entre el derecho a un debido proceso versus el derecho a la vida privada, es una cuestión zanjada en nuestra legislación en torno a las

²⁰ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. 2008. “*Revictimización de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en casos de abuso sexual*”. EN: Orientación Técnica Institucional IIN-OEA. N°1 Montevideo. Uruguay.

materias de los tribunales de familia, ya que se ha elegido proteger el derecho a la vida privada.

Como se dijo anteriormente, el consejero técnico realiza gestiones que, primero que todo, no están consagradas en la legislación y segundo, respecto de ellas no queda constancia alguna, sumando a esto, el derecho a la privacidad nos pone en un terreno desfavorable, para determinar si efectivamente respecto de las actuaciones no reguladas que realiza el consejero técnico se infringe o no el derecho a un debido proceso.

CAPÍTULO III

“INFLUENCIA REAL DE LAS GESTIONES QUE REALIZA UN CONSEJERO TÉCNICO EN ASUNTOS EN QUE HAY NIÑOS INVOLUCRADOS”

El objetivo de este capítulo, busca determinar la influencia real de las gestiones que realiza un consejero técnico en asuntos en que hay niños involucrados, en otras palabras, se pretende dilucidar, cómo influyen en la decisión del juez, las gestiones realizadas por los consejeros técnicos. Para estos efectos, entiéndase “Influencia”, según la RAE, donde se define la palabra “Influir” como “Ejercer predominio, o fuerza moral.”²¹

Cabe precisar que las decisiones judiciales, dentro de un Estado de Derecho, consideran los valores e intereses en pugna, calificados por el legislador previamente con carácter general y abstracto. Por este motivo, “se pretende que el juez manifieste las razones de su decisión, apoyándose en el derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en

²¹ Real Academia Española. 2001. *Diccionario de la lengua española* (22.^a ed.). Madrid, España

conocerlas; que se compruebe que la decisión judicial que se adopta es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento; que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, si procede, la decisión; y que los tribunales competentes posean la información que se precisa para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho”.²²

De ese modo, se busca evitar la arbitrariedad del Poder, para controlarlo y garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos.

La justificación judicial en el plano interno, según comenta María Isabel Garrido en su texto “La predecibilidad de las decisiones judiciales”, consiste en que la resolución del juez se infiera de sus premisas conforme a las líneas de inferencia que han sido aceptadas, dándose un razonamiento lógico que dirige la conclusión prevista en el fallo.

Sin embargo, se requiere una justificación externa cuando las premisas necesitan argumentaciones. En esta línea, dice Marina Gascón que "motivar exige aportar razones lo bastante sólidas para descartar la arbitrariedad y, por consiguiente, también (o sobre todo) las que no avalan la reconstrucción

²² ASÍS. Rafael. 1995. *“De los Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento”*. Editorial Marcial Pons, Madrid, España. pp. 111.

de los hechos que se justifican: la justificación no será completa si no se justifica también por qué no se han atendido estas pruebas"²³

Por ende, se deben garantizar los derechos de quien es parte en un proceso. Porque sin perjuicio de la libertad del juez, se puede comprobar que la solución dada al caso, es una derivación de la exégesis racional del Ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

Con lo señalado, cabe preguntarse entonces, ¿Cómo influyen las gestiones realizadas por el consejero técnico en el fallo de un juez?, ¿Se ventila ante el juez toda la información disponible por el consejero técnico?

A través de entrevistas realizadas a jueces y consejeros técnicos de los Tribunales de Familia de Concepción, Talcahuano y Santiago, se ha intentado responder a las preguntas ya mencionadas.²⁴

²³ GASCÓN. Marina. 2004. *“Los hechos en el Derecho. Bases argumentativas de la Prueba”*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2004, pp. 227-228.

²⁴ Ver entrevistas completas en el Anexo.

-¿En los fallos, el Juez incorpora su opinión?

Depende de la materia de la sentencia, por ejemplo, en las de protección que son más formalizadas, señalan punto por punto, también en las de adopción en donde se fundamenta todo, siempre hay un punto donde se refiere a la opinión del consejero técnico, antiguamente también se señalaba un extracto citado de los audios o frases como “conforme a la opinión del consejero técnico”, también en causas más complejas, ellos me piden que mande por correo electrónico con la opinión completa, en forma de extracto y ellos lo transcriben en la sentencia, sobre todo en las que ellos piensan que pueden ser apeladas para fundamentar bien lo que ellos están sentenciando, como en las de violencia también, ellos piden el extracto, esto es más específico.

Es muy raro que una sentencia no esté en concordancia con la opinión de un consejero técnico, al menos en este tribunal, son contadas con la mano las discordantes.

Consejera técnica, Psicóloga. Tribunales de Familia de Talcahuano.

-¿Usted considera que el juez toma en cuenta su opinión?

Por supuesto que sí, sobre todo cuando decidimos si procede o no realizar la audiencia. Sobre todo ahora con la implementación de la sala Gesell. Es el consejero técnico el que hace las preguntas, el juez ya no se mete.

Consejera Técnica. Asistente social. Tribunales de Talcahuano.

-¿Cómo el juez incorpora su opinión en el fallo?

Señalan la opinión del consejero técnico, aparte que el juez está escuchando las preguntas y si algo se le va, ellos escuchan de nuevos los audios.

Consejera Técnica. Asistente social. Tribunales de Concepción.

-¿Cómo pondera la opinión del consejero técnico?

Bueno, yo tengo bien presente la opinión del consejero técnico, eeem, dependiendo de los argumentos y de la especialidad, me permite modificar, porque a veces los asistentes sociales dan opiniones sobre temas psicológicos, y ahí lo freno un poco porque no corresponde, lo pondero

menos a que si me lo da un psicólogo, por ejemplo, pero en general, lo tomo bien en cuenta.

Me ha pasado que he tenido diferencia de opinión, muchas veces. O sea hay veces en que resuelvo igualmente lo mismo que si no me hubiesen dado la opinión, porque estimo que no está en lo cierto o porque hay un motivo jurídico que no es de conocimiento del consejero. U otras veces les encuentro la razón y modifico en el momento la resolución. Igual uno se va haciendo una idea en el curso del proceso de en qué sentido se va a ir resolviendo.

Jueza. Tribunales de Familia de Talcahuano.

-¿Cómo incorpora la opinión del consejero técnico en el fallo?

En fallos muy complicados lo cito, pero por lo general, no. Oigo el audio, o como ellos también hacen un punteo de la audiencia, a veces les pido esos apuntes, pero la verdad, es que yo, no incorporo por lo general la opinión del consejero técnico, salvo casos muy discutidos.

Jueza. Tribunales de Familia de Concepción.

***-¿Cómo pondera usted la opinión del consejero técnico, respecto el
derecho del niño a ser oído?***

A ver, nosotros no le pedimos la opinión al consejero técnico si oímos al niño o no lo oímos, porque nosotros tenemos un mandato legal de que tenemos que oírlo, por eso primero nosotros tomamos la decisión de oírlo y después pedimos asesoría al consejo técnico en cuanto a la entrevista con el niño y en cuanto, primero para que se realice la entrevista y segundo, para evaluar a través del consejo técnico la vinculación o no, de la resolución del tribunal en relación a lo que el niño opina, no sé si me entiendes, o sea, porque la ley nos dice a nosotros que las decisiones que tomemos respecto de un niño, tenemos que oírlo siempre, y considerarlo respecto de su edad y madurez, porque uno señala que el niño venía preparado o pre dispuesto, entonces ahí el consejo ayuda harto. Hay veces que son las mínimas, en que he opinado distinto a lo que dice el consejo técnico. Pero, en general, opino lo mismo que ellos, pero no es vinculante.

Juez. Tribunales de Familia de Concepción.

-¿En qué medida usted considera la opinión del consejero técnico en su fallo?

El 90% de las opiniones del consejero técnico, al menos yo los acepto, a veces, hay una que otra cosa que no corresponde, porque a veces el consejo técnico opina sobre cuestiones legales y yo ahí lo restrinjo. Pero cuando se trata en materias en que son expertos, ahí no hay problema.

Uno dice “infiriendo, de la opinión del consejo técnico” uno no transcribe toda la opinión del consejo técnico, tengo colegas que transcriben todo. O también “difiriendo de lo que señala el consejero técnico”

Juez. Tribunales de Familia de Talcahuano.

-¿En su experiencia, recuerda algún caso en que el juez tenga una opinión disidente a la opinión del consejero técnico?

A ver, cuando nosotros decimos que se oiga al niño, nunca, nunca me ha pasado que hayan dicho que no, pero cuando nosotros hemos dicho que no es necesario oír al niño, ahí el juez nos hace argumentar por qué no.

Consejera Técnica. Psicóloga. Tribunales de Familia de Talcahuano.

-¿Incorpora el juez su opinión en las resoluciones?

Sí, de todas maneras, tú ya viste cómo trabajamos acá, pero o sea, no te miento, es una cuestión que ha costado, me refiero a que nosotros día a día, nos tenemos que validar como expertos en asuntos de familia.

Al menos a mí, me consideran en todos los asuntos que requieren una mirada psicosocial.

Consejera técnica. Asistente social. Centro de medidas cautelares y violencia intrafamiliar. Tribunales de Familia de Santiago.

A continuación, se adjuntan, extractos de fallos, donde se considera o menciona la opinión del consejero técnico.

Imagen 1

CUARTO: Que, la Consejera Técnica, fue de opinión de no acoger la denuncia, por cuanto si bien probablemente existirían hechos de maltrato de los cuales habría sido víctima la denunciante, el informe psicológico practica, no permite acreditar el daño que tales acontecimientos le pudieron haber ocasionado, por cuanto la pericia no da cuenta de relación de causalidad entre la afectación que pudiera presentar, con la conducta del denunciado.

Extracto “Resumen y Análisis de fallo”. Repositorio de Jurisprudencia Corporación de Asistencia Judicial RM.

Imagen 2

QUINTO: Que, a juicio de este tribunal, valorando la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tomando en cuenta la opinión de la Consejera Técnica, del mérito de los hechos contenidos en la denuncia, contrastados con la declaración de las partes y la testigo, no se logra acreditar la existencia de los

Extracto “Resumen y Análisis de fallo”. Repositorio de Jurisprudencia Corporación de Asistencia Judicial RM.

Imagen 3

Décimo: Que, se otorgó la palabra a la consejera técnica doña xxxxx, asistente social, para que emitiera su opinión en la causa, quien indico que no se logra establecer un desequilibrio de poder entre las partes, ni antecedentes que den cuenta de una actitud agresiva o de descontrol por parte del denunciado, y que de los informes agregados a los autos, no se puede concluir que los hechos denunciados se enmarquen dentro de un contexto de violencia intrafamiliar, y que por lo demás no se puede establecer si existe víctima o victimario.

Extracto “Resumen y Análisis de fallo”. Repositorio de Jurisprudencia Corporación de Asistencia Judicial RM.

Imagen 4

Undécimo: Que, se otorgó la palabra a la Consejera Técnica doña Pilar Munita G., asistente social, para que emitiera su opinión en la causa, quien indicó que no se logra establecer cómo los hechos de-

Extracto “Resumen y Análisis de fallo”. Repositorio de Jurisprudencia Corporación de Asistencia Judicial RM.

Imagen 5

SÉPTIMO: Que, según consta en audio, Consejero Técnico Patricia Cereceda Báez, emite opinión en virtud de su experticia, realizando un enlace con los informes y dichos de las partes en la audiencia de juicio. Primeramente señala que el informe emitido por el Dam, no señala la inexistencia de habilidades, sino que disminuidas. Hace énfasis en la variable de empatía de la madre, ya que esta realiza declaración desde su propio interés y no del interés del niño, asimismo, de su relato, a juicio de la consejera, queda claro el maltrato verbal de la madre al niño, y leve maltrato físico, pues afirma que existen gritos y "que se le salen garabatos". La consejera hace hincapié, lo cual igualmente advirtió esta sentenciadora, que existe un bajo nivel de empatía con el niño.

Extracto "Resumen y Análisis de fallo". Repositorio de Jurisprudencia Corporación de Asistencia Judicial RM.

De los extractos de entrevistas y fallos, y en relación a lo tratado en el capítulo II, es posible inferir, en primer lugar, las múltiples intervenciones que realiza el consejero técnico en el procedimiento de familia, las que dependen según el tribunal. Sin embargo, se aprecia uniformidad (al menos en los tribunales observados), respecto a la forma en que los jueces aprecian la opinión del consejero técnico, en el sentido de que todos los entrevistados, señalaron que consideran las opiniones técnicas, donde algunos la integran de forma textual en el fallo, otros la citan, y otros, simplemente la mencionan en lo referente a si la decisión del juez está de acuerdo o desacuerdo con la opinión del consejero técnico.

Todos los consejeros técnicos entrevistados, señalan que se sienten valorados, ya que la asesoría técnica que prestan al juez, es ponderada en una medida que ellos consideran satisfactoria, porque la gran mayoría de los casos en que interviene el consejero técnico, el juez incorporó sus opiniones o sugerencias. Por lo tanto, resulta claro, que las gestiones que realiza el consejero técnico, poseen gran influencia respecto de las decisiones del juez.

Sin embargo, y según lo tratado en los capítulos I y II, se reputa una práctica habitual entre los consejeros técnicos, la realización de reuniones previas con las partes, las cuales tienen el carácter de confidenciales, ya que son privadas y respecto de ellas, no queda registro alguno, sin embargo, los consejeros entrevistados, señalan que al ingresar a la audiencia, ellos comentan al juez lo realizado en la entrevista previa y eso queda registrado en audio. Pero no es posible saber la manera en que la información recabada es incorporada realmente al proceso, entonces, es fácil suponer que esa información puede utilizarse, utilizarse mal, o quizás nunca se ventila ante el juez de manera formal, etcétera.

Resulta evidente entonces, dado el carácter de confidencial de estas gestiones, la imposibilidad de determinar si se respetan los derechos del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión, o si se verifican, las observancias de un debido proceso.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, es posible señalar que el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión recibe gran reconocimiento legal, tanto a nivel nacional como internacional, y ello consta en su manifestación en el Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, como también en la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Sin embargo e independiente de la mención en la normativa comentada, resulta necesario determinar, de una forma más clara, los mecanismos que permiten ejecutar y garantizar los derechos de los niños, para no convertir el texto legal en letra muerta. Ya que ni la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ni la legislación nacional, como la ley N° 19.968, establecen cómo ejecutar el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión, pudiendo caer, por una errada interpretación, en una grave vulneración de derechos.

Con lo dicho, se ha establecido que las instancias que buscan garantizar el derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en su opinión en el procedimiento de familia, requieren un análisis tanto legal como en los

mismos tribunales de familia, ya que los mecanismos no están descritos en la ley. Sin embargo, se ha establecido que son los siguientes:

- Audiencias Reservadas o Privadas.
- Audiencias en Sala Gesell.
- Peritajes e informes diagnósticos.
- Curador ad Litem.

Con todo, resulta que la participación de los niños es muy baja, porque, conforme a lo observado en variadas audiencias, en los juicios de familia los niños no tienen calidad de parte, por lo que son los adultos, como los padres o familiares, quienes tienen un papel protagónico, mientras los niños detentan un rol excepcional y accesorio.

Sería recomendable para el Estado de Chile realizar una regulación clara de la materia referente a los derechos del niño en el procedimiento de familia, ya que se tratan de derechos con rango constitucional (derecho a ser oído y tomado en cuenta, en su estrecha relación con el derecho a defensa y un debido proceso), por lo que una eventual infracción a esos derechos, genera inseguridad jurídica y mala administración de la justicia, no

entendiéndose sólo una vulneración de acción, sino que también la omisión o no consideración en el procedimiento de los derechos de los niños.

Se pudo analizar en la práctica, en primer lugar, las gestiones no reguladas, realizadas por los Consejeros Técnicos que puedan afectar el debido proceso y el derecho del niño a ser oído. Y, en un segundo lugar, se tendió a establecer la influencia real de las gestiones que realiza un consejero técnico en asuntos en que hay niños involucrados. Para ello, indagué a través de distintas fuentes de información (audio de audiencias, entrevistas y observación directa en tribunales).

Sin embargo, poder adentrarse en el objeto de estudio, tuvo gran dificultad, ya que es muy escasa la evidencia empírica, por lo que tuvo mayor complejidad acceder a las fuentes de información y conseguir un aporte real para esta tesis.

Concluyen los entrevistados, en que las condiciones judiciales, asociadas al procedimiento de familia y al derecho del niño a ser oído, se presentan dificultades de infraestructura y de tiempo. Pero, señalan que con la implementación de la sala Gesell y la capacitación para su uso, se ha avanzado hacia una mejora a la protección y debido respeto por el derecho del niño a ser oído.

Respecto de la sala Gesell, la mayoría de los consejeros técnicos entrevistados, señalan que se advierten cada vez menos malas prácticas asociadas a los niños intervinientes, pero que sin embargo, donde aún existen más tendencias a caer en ellas, es precisamente en los tribunales donde no hay sala Gesell, por lo que los consejeros no tienen la preparación adecuada para entrevistar a los niños.

De este modo, es evidente la mayor aceptación en los tribunales de familia, del mandato entregado por la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, la cual señala que los niños, niñas o adolescentes son sujetos de derechos, protegidos por el principio de que cuando éstos estén involucrados en un procedimiento judicial, se velará por su interés superior y su derecho a ser oído.

Con todo lo anterior, sabemos que existe un desorden en los instrumentos legales que regulan las funciones de los consejeros técnicos, por lo que se debería reunir en un solo instrumento, todo lo referente a estos auxiliares de la justicia.

Sin embargo, no constituye una excusa para el desempeño, la complejidad de la normativa que la regula. Por lo que realizar al margen de

un procedimiento, entrevistas privadas donde lo mismos consejeros técnicos no aceptan la presencia de los abogados de las partes, o conversaciones de pasillo donde el grado de informalidad raya en lo vulgar, resulta a todas luces una cuestión que merece regulación, porque se podría perder calidad y credibilidad en la justicia de familia, dada la informalidad con que se manejan los asuntos.

Por eso es que se proponen elementos que cambien la situación como, por ejemplo, en primer lugar, realizar una regulación legal completa de las gestiones de los consejeros, de modo que se mantenga la actual desformalización del procedimiento, pero que sus actuaciones se desarrollen dentro de las atribuciones previamente establecidas, donde se aprecie uniformidad en todos los tribunales del país, dando a un mismo problema, una misma solución, unificando criterios, para una mejor labor. Y en segundo lugar, aceptar que las actuaciones no sean públicas, en virtud de la protección a la vida privada del niño, pero que de las gestiones con el consejero técnico, queden registros, ya sea en acta o audio – independiente del audio de las audiencias- porque es necesaria una constancia en el juicio, para que al menos el juez tenga un acceso real a esa información, porque si

bien la celeridad del procedimiento es menester, resguardar los derechos de los niños y la observancia de un debido proceso también lo son.

Adjunto una opinión que, a mi juicio, no debiese ser admitida, ya que los registros en un procedimiento, generan el material para investigar y diagnosticar lo que realmente ocurre en esas cuatro paredes, sobre todo cuando se ha comprobado que la opinión del consejero técnico es validada y aplicada por el juez en el respectivo fallo.

“pero si todo se registrara en audio o acta, sería una exageración, porque al final todo eso se conversa en audiencia con el juez y aparte no hay tiempo para una revisión de todo lo que hacemos”

Consejero técnico. Asistente social. Tribunales de Familia de Concepción

Por lo tanto, la hipótesis planteada en la investigación “Es alta la influencia de las gestiones de los Consejeros Técnicos en la decisión del juez, por esa razón, generan una vulneración de los derechos del niño y el debido proceso en el procedimiento de familia en las gestiones no reguladas” y con todo lo ya dicho, no puede ratificarse en su totalidad, pero tampoco negarse, ya que adentrarse en este tema resultó ser de difícil

acceso, porque implicaba trabajar con información que no está disponible y que tampoco es fácil obtener, menos para una estudiante, ya que no me facilitaron en tribunales acceder a los datos judiciales necesarios y menos aún, participar de las entrevistas privadas, dado el carácter confidencial que poseen, por lo que establecer, si se infringe el debido proceso y el derecho del niño a ser oído, será complejo. Sin embargo, y gracias a la buena voluntad de quienes entrevisté, resulta evidente que el consejero técnico realiza gestiones no reguladas en la ley -que a veces se validan por la desformalización del procedimiento-, y que en los tribunales donde falta capacitación, se comenten malas prácticas, pudiendo cometer infracciones respecto al derecho del niño a ser oído y el debido proceso, sin embargo, todos los entrevistados que reconocieron haber presenciado alguna vez una mala práctica, señalan que es una conducta cada vez menos frecuente, gracias a la capacitación e información disponible.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ASÍS, Rafael. 1995. *“De los Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento”*. Editorial Marcial Pons, Madrid, España.
- BARRIENTOS, Javier. 2009. *“El código de la familia”*. Editorial Legalpublishing, Santiago, Chile.
- BELLOF, Mary. 2000. *“Derecho constitucional, sobre y para menores”*. En: Derecho, Infancia y Familia. Biblioteca de Yale de Estudios Jurídicos. Editorial Gedisa.
- CAROCA, Álex. 1997. *“Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal”*. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial CPU, Santiago, Chile.
- CORREA, Jorge, 2005. *“Curso de Derecho Procesal. Tomo I”*, Derecho Procesal Orgánico. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- EVANS, Enrique. 1986. *“Los derechos Constitucionales Tomo II”*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

- GARCÍA. Emilio. 1994.”*Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*”. Santa Fé de Bogotá, Editorial Forum Pacis, 1994.
- GASCÓN. Marina. 2004, “*Los hechos en el Derecho. Bases argumentativas de la Prueba*”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2004.
- NOGUEIRA, Humberto. 2007. “*El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano. Doctrina y jurisprudencia*”. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia. Santiago, Chile.
- Real Academia Española. 2001. *Diccionario de la lengua española* 22.^a edición. Madrid, España.
- RIEGO, Cristián. 1994. “El proceso penal chileno y los derechos humanos”. Cuadernos de análisis jurídico. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago. Chile.

FUENTES NORMATIVAS

- Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1980. Constitución Política de la República de Chile. Edición actualizada al 11 de febrero de 2012.
- Chile. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de Ley N° 19.968. [En línea] <<https://www.google.cl/webhp?sourceid=chromeinstant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=historia%20de%20la%20ley%2019.968>> [Consulta: 16 Junio 2015]
- Chile. Ministerio de Justicia. 2004. Ley que crea los Tribunales de Familia N° 19.968. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557> > [Consulta: 16 Junio 2015]
- Chile. Corte Suprema. 2005. Auto Acordado Acta N° 93 – 2005. Sobre el rol y funciones de los Consejeros Técnicos en los Juzgados

de Familia.[En línea]< <http://autoacordados.pjud.cl/> >[Consulta: 28 de Septiembre de 2015]

- Chile. Corte Suprema. 2005. Auto Acordado Acta N° 104 – 2005. Relativo al funcionamiento de los Juzgados de Familia. [En línea] <<http://autoacordados.pjud.cl> > [Consulta:28 de Septiembre de 2015]
- Chile. Corte Suprema. 2008. Auto Acordado Acta N° 51 – 2008. Sobre programación de audiencias en los Tribunales de Familia. [En línea] < <http://autoacordados.pjud.cl/>> [Consulta:28 Septiembre de 2015]
- Chile. Corte Suprema. 2009. Auto Acordado Acta N° 98 – 2009. Sobre gestión y administración en Tribunales de Familia [En línea] <<http://www.cajbiobio.cl/Docs/Editor/4/Documentos/AUTO-ACORDADO-ACTA-98-2009.pdf>> [Consulta: 30 Septiembre]
- Chile. Corte Suprema. 2014. Auto Acordado Acta N° 37 – 2014. Regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por los tribunales de familia en coordinación con el servicio nacional de menores y el ministerio de justicia. [En

línea] <<http://autoacordados.pjud.cl/>> [Consulta: 29 de Septiembre de 2015]

- Chile. Corte Suprema. 2014. Auto Acordado Acta N° 237– 2014 Sobre Salas Gesell en tribunales de familia.
- OEA. 1969. Convención Americana de Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana. San José Costa Rica. [En línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>> [Consulta: 20 Agosto]
- ONU. 1989. Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Asamblea General. Estados Unidos [En línea] <<http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>> [Consulta: 16 Junio]

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

- Asociación Nacional de Consejeros Técnicos del Poder Judicial de Chile. 2015. *“Funciones de los Consejeros Técnicos en la Judicatura de Familia”*. Informe de Funciones de Consejeros Técnicos. Santiago. Chile.
- Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. 2008. *“Revictimización de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en casos de abuso sexual”*. EN: Orientación Técnica Institucional IIN-OEA. N°1 Montevideo. Uruguay.
- CARRETTA. Francesco. 2014. *“La desformalización del proceso judicial de familia e infancia.”* EN: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n°42. Valparaíso, Chile.

- GARRIDO. María Isabel. 2009. “La Predecibilidad De Las Decisiones Judiciales”. EN: Revista Ius et Praxis Universidad de Talca. Talca v.15 n°1. Talca, Chile.
- TURNER. Susan. 2002. “*Los Tribunales de Familia*” En Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. Talca v.8 n°2. Talca, Chile.
- VARGAS, M., CORREA, P. 2011. “*La voz de los niños en la Justicia de Familia en Chile*” En Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. Talca, Chile.

ANEXOS

ANEXO ENTREVISTAS.

Consejera Técnica. Trabajadora social. Tribunales de Familia de Talcahuano.

¿El juez toma en cuenta su opinión al momento de realizar la entrevista privada?

De todas maneras, el consejero técnico es el que realiza prácticamente todas las preguntas. Todo queda registrado en audios, pero a eso no tienen acceso los padres por ejemplo, eso es reservado, solo el juez lo escucha, de hecho uno le dice al niño que los papas no lo van a escuchar.

¿Usted haría alguna modificación a la forma en que se oye al niño?

Mira, la verdad, no. Porque o sea, no te miento, antes cuando no había sala Gessel el niño estaba súper incomodo en la sala de audiencia, ahora el niño se relaja más. Yo creo que está súper bien con esto, ponerle más seria mucha parafernalia.

En el fallo del juez ¿Cómo incorpora su opinión?

Señala la “opinión del consejero técnico”, algunas veces los magistrados me han pedido que les envíe por escrito mi opinión.

¿Usted considera que realiza más gestiones que las estipuladas en la ley?

Bueno, de todas maneras, nosotros acá hacemos por ejemplo la atención directa de público, también conversamos previo a la audiencia con las partes e intentamos buscar una solución, creo que eso no está en ninguna ley, bueno y si nosotros llegamos a un acuerdo con las partes después cuando entramos a la audiencia le digo al magistrado, magistrado sabe que, llegamos a acuerdo en este y este punto.

Respecto de la entrevista previa a la audiencia que usted me comenta ¿de ella, queda registro?

No, igual uno adentro le dice todo al magistrado, pero no porque a veces las partes te dicen, sabe que no quiero hablar, y no hablan no más po. Aparte las audiencias se graban, sería como mucho grabar todo.

Consejera Técnica. Trabajadora Social.

¿El Juez toma en cuenta su opinión al momento de realizar o no la audiencia reservada?

Sí, pero cuando uno decide no escuchar al niño debe ser con argumentos fundados. El criterio por lo general es la edad, pequeñitos de 6 para abajo por lo general no, las audiencias si se hacen son por maltrato o abuso y cuando los informes de pericias llegan a tiempo, independiente de que el niño haya sido citado, se le dice al magistrado que con las pericias el niño ya fue escuchado, para evitar la revictimización del niño.

En las audiencias, solo tienen acceso el consejero, el juez, nosotros consideramos que debería estar el curador ad litem, porque como abogado del niño el debería estar al tanto de la mayor cantidad de antecedentes, pero en la sala Gesell, no, ninguna posibilidad. Ahí hay un protocolo de entrevista que tiene como objetivo que el niño sepa que hay un procedimiento, más que un procedimiento para recabar información es para que el juez sepa sobre quien está haciendo una sentencia, y eso marca la diferencia entre una sentencia y otra.

¿Usted cree que el mecanismo para oír al niño es el correcto?

Yo creo que sí, yo siento que está bien hecho, al menos acá funciona bien. Cada tribunal depende de la gente que tiene y acá yo creo que lo hacemos funcionar bien.

Aparte de las funciones señaladas en la ley ¿Usted cree que realizan otras no consagradas en la ley?

Mira, hace un tiempo atrás, la ley imaginó una cosa pero en la práctica aparecen otras situaciones que nadie pudo prever, en todos los lugares hay que adaptarse no más. En este tribunal hemos ido probado diversos mecanismos para ir probando la figura del consejero para ir utilizando de mejor forma los recursos. Por lo tanto para hacer todo lo que señala la ley y el trabajo administrativo, la única forma de hacerlo es ideando planes de trabajo, si no, olvídate. Hacemos atención de público, seguimiento de las proteccionales, cumplimiento de alimentos y visitas y ahí los jueces los citan con el consejero técnico para saber bien la situación, también tenemos un rol de conciliador.

Yo trabajé en San Miguel, y hay tanta libertad para organizar y hacer las cosas que entre los consejeros es trabajo en equipo y realizar una crítica al

trabajo del otro debe ser una virtud, porque aquí hay muchas oportunidades para equivocarse, por eso una mala práctica es una cuestión que todos van a negar, pero la verdad es que es muy fácil equivocarse.

¿Usted realiza entrevistas privadas con las partes de forma previa a la audiencia? ¿Se deja algún registro de ello?

En las audiencias antes de las preparatorias y que eventualmente implican un acuerdo, el acuerdo se ratifica adentro de la sala de audiencia, pero del acuerdo que llegamos aquí no queda registro en audio, adentro como te digo, se ratifica. Ahora bien, cuando hay un niño involucrado siempre está presente el juez, y debe ser escuchado en audiencia y debe registrarse en audio, o sea yo no lo he visto de otra manera, porque el único momento en que uno tiene contacto con el niño es cuando uno lo va a buscar a la salita de espera y lo lleva hacia la audiencia y uno ahí le dice que uno es consejera técnica, asistente social, que va a conocer al juez, que uno le va a preguntar unas cositas y que va a ser así o así, que no va a ser igual que en la tele, la idea es que el niño entre relajado a una circunstancia que no es relajada, pero como te digo, nosotros no entrevistamos a niños de una forma en que no quede registro.

¿El juez cómo incorpora su opinión en el fallo?

Dependiendo del caso, dicen “y habiendo escuchado al consejero técnico”, etcétera. En las causas donde se explicita más son en las de susceptibilidad de adopción y en las de adopción, ahí sí, hay una extracción de la opinión y es porque aporta a la decisión del juez.

Jueza. Tribunales de Familia de Talcahuano.

¿Cómo pondera la opinión del consejero técnico?

Bueno, yo tengo bien presente la opinión del consejero técnico, eeem, dependiendo de los argumentos y de la especialidad, me permite modificar, porque a veces los asistentes sociales dan opiniones sobre temas psicológicos, y ahí lo freno un poco porque no corresponde, lo pondero menos a que si me lo da un psicólogo por ejemplo, pero en general, lo tomo bien en cuenta.

Me ha pasado que he tenido diferencia de opinión, muchas veces. O sea hay veces en que resuelvo igualmente lo mismo que si no me hubiesen dado la opinión, porque estimo que no está en lo cierto o porque hay un motivo

jurídico que no es de conocimiento del consejero. U otras veces les encuentro la razón y modifico en el momento la resolución. Igual uno se va haciendo una idea en el curso del proceso de en qué sentido se va a ir resolviendo.

Al momento de fallar ¿Cómo incorpora lo conversado con los niños? Y ¿Cuál es el peso que le concede a esos relatos?

Mira, en el texto del fallo, bueno, depende de la edad y en la forma en que manifiesta el peso de la entrevista, porque de repente salta a la vista que existe una manipulación por parte de los padres, o sea, esa es una cuestión evidente en muchos casos, pero como que por eso pierde peso lo que dice el niño, o a veces son muy pequeñitos y tienen otros objetivos, por eso la entrevista depende un poco de eso.

Y lo incorporo en términos generales, no lo transcribo.

¿Cómo incorpora la opinión del consejero técnico en el fallo?

En fallos muy complicados lo cito, pero por lo general, no. Oigo el audio, o como ellos también hacen un punteo de la audiencia, a veces les pido esos

apuntes, pero la verdad, es que yo, no incorporo por lo general la opinión del consejero técnico, salvo casos muy discutidos.

De las funciones que realiza el consejero técnico. ¿Usted advierte que realicen otras?

Eso depende de cada tribunal porque en cada tribunal pasan cosas diferentes, pero así como estrictamente fuera de las funciones, no. Porque hay atribuciones que son un poco amplias y todos tenemos que hacer labores administrativas porque trabajamos con ese sistema.

Respecto el derecho del niño a ser oído ¿Usted cree que existen un desafío para que los jueces lo consideren más?

De todas maneras, porque uno viene con esto de que la opinión del menor vale menos, por eso creo que hay que considerarlo más pero también es necesario estudiar sobre los elementos de veracidad que hay en la entrevista con un niño, por ahí va el desafío, por ejemplo estudiar la psicología del desarrollo, ver si es normal que fantasee un poco o que se yo.

O también uniformar que en todos los fallos se haga un acápite sobre la opinión del niño, algo así.

Consejero Técnico. Psicólogo. Tribunales de Familia de Talcahuano.

¿Cuáles son las gestiones que realiza en este Tribunal?

Nuestra presencia en este tribunal es muy importante porque estamos presentes en todo el curso de la causa, desde que ingresa, nosotros tenemos que hacer el primer filtro, así lo decidió el comité de jueces, por eso, nosotros hacemos la atención de público, por eso, nosotros revisamos el parte de denuncia, tenemos que hacer un informe de opinión y ponderar, sugerir si a esa causa se le da curso o no, o si se decreta una cautelar o no, si se deriva a fiscalía o que se yo, todo pasa por nosotros y a raíz de eso se le da el primer proveído. Y de ahí en adelante, nosotros entramos a audiencia, prácticamente en todas las materias, hemos tratado de quedar afuera de algunas materias, pero hasta realizamos las conciliaciones, los magistrados antes de entrar a audiencia nos solicitan realizar las conciliaciones y nosotros en un 70% zanjamos acuerdos aquí, (indica su oficina) previo a la audiencia y eso se ratifica adentro en la audiencia con el juez y se dicta sentencia inmediata.

Nosotros también hacemos el seguimiento de las causas, todo pasa por nosotros, si se mantiene, se prorroga, se ratifica, revisar medidas de protección, todo eso pasa por nosotros.

¿Dónde queda registro de esas actuaciones? ¿Registran en audio? ¿Acta?

No queda registro, pero se ratifican los acuerdos dentro de la audiencia, en audio y se dicta como sentencia inmediata. Esto se utiliza mucho en la relación directa y regular, en alimentos.

Juez. Tribunales de Familia de Concepción.

¿Cómo pondera usted la opinión del consejero técnico, respecto el derecho del niño a ser oído?

A ver, nosotros no le pedimos la opinión al consejero técnico si oímos al niño o no lo oímos, porque nosotros tenemos un mandato legal de que tenemos que oírlo, por eso primero nosotros tomamos la decisión de oírlo y después pedimos asesoría al consejo técnico en cuanto a la entrevista con el niño y en cuanto, primero para que se realice la entrevista y segundo, para evaluar a través del consejo técnico la vinculación o no, de la resolución del

tribunal en relación a lo que el niño opina, no sé si me entiendes, o sea, porque la ley nos dice a nosotros que las decisiones que tomemos respecto de un niño, tenemos que oírlo siempre, y considerarlo respecto de su edad y madurez, porque uno señala que el niño venía preparado o pre dispuesto, entonces ahí el consejo ayuda mucho. Hay veces que son las mínimas, en que he opinado distinto a lo que dice el consejo técnico. Pero en general opino lo mismo que ellos, pero no es vinculante.

¿Cómo incorpora la opinión del niño en su fallo?

A ver, la audiencia reservada nace de la necesidad de que el niño pueda manifestar libremente su opinión, que no tenga algún tipo de interferencia de los padres, por motivos sentimentales o por miedo, el tema es de qué forma uno deja constancia en la sentencia, y he visto de todo en la sentencia, por ejemplo algunos fallos dicen “ se oyó al niño” en otros ni siquiera lo dicen y solo queda en acta, ahora, yo trato de integrarlo siempre, no como una transcripción de lo que dijo, sino que trato de hacer un resumen de lo que dijo y plasmarlo en términos generales, sin mucho detalle. Es más vinculante cuando el niño tiene mayor edad pero también se considera la madurez.

Juez. Tribunales de Familia de Talcahuano.

¿En qué medida usted considera la opinión del consejero técnico en su fallo?

El 90% de las opiniones del consejero técnico, al menos yo los acepto, a veces, hay una que otra cosa que no corresponde, porque a veces el consejo técnico opina sobre cuestiones legales y yo ahí lo restrinjo. Pero cuando se trata en materias en que son expertos, ahí no hay problema.

Uno dice “infiriendo, de la opinión del consejo técnico” uno no transcribe toda la opinión del consejo técnico, tengo colegas que transcriben todo, pero eso no es una obligación. O también “difiriendo de lo que señala el consejero técnico”

¿Usted considera que el consejero técnico realiza más gestiones de las mandatadas por la ley?

Sí, o sea, en términos amplios si, tienen una gran colaboración y bueno a veces el tema de la falta de personal los ponen a hacer otras cosas, pero siempre es por un asunto de personal y quizás ahí está la falla, en que ellos no están capacitados para hacer todo lo que se les encomienda.

Consejera Técnica. Psicóloga. Tribunales de Familia de Talcahuano.

¿En su experiencia, recuerda algún caso en que el juez tenga una opinión disidente a la opinión del consejero técnico?

A ver, cuando nosotros decimos que se oiga al niño, nunca, nunca me ha pasado que hayan dicho que no, pero cuando nosotros hemos dicho que no es necesario oír al niño, ahí el juez nos hace argumentar por que no.

¿Cómo es su participación en las audiencias con niños?

Cuando es en la sala de audiencia hay jueces que hacer preguntas y luego dan el pase para que yo pueda preguntar, otros jueces se presentan y le dicen al niño que la consejera técnica hace las preguntas.

En la sala gesell es distinto, uno guía todo, el juez hace una o dos preguntas para profundizar, pero es muy poca la intervención, salvo alguna cosa muy puntual.

La mayor parte es trabajo de nosotros, en sala gesell, todo funciona muy bien, y las pocas audiencias que se hacen en la sala de audiencias

tradicional digamos, te puedo decir que cada vez la intervención del juez es menor, porque se han ido dando cuenta que entrevistar a un niño no es lo mismo que entrevistarlo, nos han ido validando cada vez más, por eso los jueces nos entregan a los consejeros técnicos y psicólogos para la realización de la sentencia.

¿Cómo señala el juez la opinión del consejero técnico en los fallos?

Eeh, depende harto del juez, la mayoría dice “en concordancia con la opinión del consejero técnico”, otros hacen un resumen de lo que uno dice, y los menos que también lo hay solo nos mencionan, pero la mayoría de los jueces hace un resumen de lo que uno dijo, yo he visto varias citas textuales de lo que yo he dicho, algunos se extienden más y otros menos, eso es relativo.

¿Respecto de las facultades del consejero técnico, aparte de las que señala la ley, usted advierte otras?

Nosotros hacemos muchísimo más, de todas maneras poh, porque como te contaron, nosotros aquí hacemos la atención de público directa, hacemos la ponderación de los factores de riesgo, todas las conciliaciones en las materias conciliables, y así, un montón de cosas más y eso lo hacemos todo

nosotros, claramente esto responde a que falta personal, igual se está haciendo una licitación ahora.

¿Qué sugiere usted para ordenar el desorden normativo que los regula?

Las necesidades actuales, a ver, nosotros no hacemos tareas que no estén dentro de nuestros conocimientos, pero yo creo que en tribunales debería existir un consejero técnico especializado por ejemplo al cumplimiento y seguimiento, porque eso es una pega enorme y uno tiene que hacer maravillas para hacerlo todo, esto no se dijo en la ley porque claramente no se pensó, porque nosotros solo deberíamos dedicarnos a la ponderación de los factores de riesgo y centrar el trabajo en lo que es la audiencia y el seguimiento, pero no estar atendiendo público, por ejemplo. Nosotros fuimos pioneros en asignarnos la tarea del seguimiento, ahora es una orden nacional, empezó a nivel hace tres, cuatro año atrás y nosotros lo hacemos del 2006.

¿Advierte gestiones no reguladas realizadas por los consejeros técnicos?

Mira, la verdad, en algunos tribunales, existen varias malas prácticas que exponen al niño a una situación compleja donde el siente que pasa a llevar las lealtades que tiene respecto de sus padres, antes esto ocurría mucho

más, ahora cada vez menos, ahora con la sala Gesell, es una instancia para poder disminuir esas situaciones, el problema es que no en todos los tribunales se usa, y tampoco está en todos los tribunales, en el caso de nosotros acá, en el caso en que hay que entrevistar a algún niño, eehh uno intenta que sea en un espacio a lo mejor no en el pasillo, ya sea aquí en mi oficina si es que tengo alguna duda o preguntarle alguna cosa yo le pregunto aquí, y obviamente que la sala Gesell eso es lo más adecuado porque en ese sentido es un ambiente menos amenazante, más protegido, es donde se le explica al niño donde está, porque está ahí, quien está al otro lado del espejo, que yo le voy a hacer las preguntas, que va a ser reservado, es distinto, eeeh, de que se siguen haciendo malas prácticas dentro de los tribunales, eso es así, lo que sí, la rapidez, la cantidad de audiencias de repente, eehh, la rapidez del proceso, y los atrasos de ir a una y otra e ir saliendo rápidamente, en algunos tribunales eso pasa la cuenta y queda en un segundo plano las necesidades de un niño, porque para hacer una pregunta importante a un niño eehh, uno tendría que hacerla en un lugar privado, donde este cómodo el niño, entonces, la idea es que estas cosas no se sigan haciendo, que se corte, porque el tema de la victimización secundaria, así se llama en psicología, en donde los actores de la justicia

van a vulnerar a la víctima preguntándole, aparte de lo que ha vivido, fiscalía, tribunal, carabinero, entonces se busca eliminar esta victimización secundaria y darle al niño un contexto más acogedor, donde uno pueda digamos, conversar con él porque uno, en este contexto de familia, no es para, no es inquisidor, ni para buscar la verdad, sino que para saber cómo está él y para saber que nos de algunas luces de la situación , cuáles son sus necesidades, sus deseos, y eso, no es como en el área penal, aquí no hay intención de veracidad.

Pero bueno, por lo menos, nosotros acá, siempre hemos tenido el cuidado de, tenemos súper claro que el trato es diferente cuando hay un niño, cuando hay un adolescente, porque por lo general a las audiencias preparatorias vienen los niños pero a ellos no los escuchan, ellos por ejemplo, en las medidas de protección que fue lo que tú viste hoy día, yo converse con las partes, yo hice toda mi indagación , yo bajé, hable con la magistrado y le dije, magistrado yo le sugiero que hagamos esto, esto y esto y lo que yo le sugerí a la magistrado, ella lo replicó, entonces así funciona, hay veces que ella te dice, ay pero sabe que no me parece que hagamos esto, le parece si hacemos esto otro, porque la verdad no me queda tan claro si es que, ya magistrado, entonces hagámoslo de esa manera, lo

conversamos. Siempre es así para las medidas de protección, para las de violencia es lo mismo.

Eeh, en general cuando derivamos al DAM, se prescinde de la opinión del niño, por ejemplo hoy, la niña era de 5 años, entonces allá la van a evaluar los peritos y ahí viene un informe completo con todo lo que la niña dice, se le evalúa la situación de ella, entonces traerla al tribunal a hablar eso y que cuente de nuevo como fue violada, como que no, aparte la niña tenía una dificultad, un trastorno de lenguaje, entonces no, por eso se sugirió no citar a audiencia reservada, pero quizás si hubiese tenido 12, 13 años, se le hubiera citado, y se hubiese entrevistado el día de la audiencia. Entonces ahí hay varias cosas que se van considerando, pero nosotras acá, hacemos varias cosas para evitar que los niños sean vulnerados, por ejemplo acá, los jueces ya no entrevistan solos, prácticamente no, entonces siempre piden un consejero técnico, por ejemplo en otros tribunales ellos los entrevistan desde el estrado, teniendo sala Gesell, y les preguntan una cantidad de cosas que al final los niños terminan mucho más afectados, por eso casi todos los magistrados en este tribunal tienen criterios aunados sobre cómo hacerlo, por eso siempre piden un consejero técnico, ellos con el tiempo y con las

capacitaciones y todo el tema de las salas Gesell, en realidad ellos ya no entrevistan directamente a los niños”

Consejera Técnica. Psicóloga. Tribunales de Familia de Concepción.

¿Advierte gestiones no reguladas realizadas por los consejeros técnicos?

Mira, vengo recién llegando de un curso y la verdad es que me salto una inquietud y es que nosotros tenemos poco sistematizado que tenemos que hacer y como tenemos que hacerlo, está sistematizado desde afuera, pero la verdad es que el trabajo que hacemos día a día es diferente, entonces cada tribunal es un mundo distinto, hay tribunales donde hay sala Gesell, y los que no tienen, no los han capacitado, salvo que hayan postulado a los cursos de del poder judicial para especializarse sobre la entrevista, por eso tú te encuentras a veces que hay consejeros técnicos que entrevistan pésimo y más que entrevistar, interrogan, no tienen la capacitación y eso es terrible.

Usted trabajó, según me contó, en varios tribunales de la región, ¿recuerdas alguna mala práctica, realizada por consejeros técnicos?

SÍ, y sobre todo antes, antes más que ahora, ahora prácticamente ya no, yo en el 2006 empecé a trabajar en los tribunales de familia y sí, vi, presencie y escuché, preguntas que no eran adecuadas para niños en lugares no adecuados para niños, como ¿con quién quieres vivir tú? Emm, eh, no se po, preguntas que quizás no se deben hacer porque formularlas de esa manera le generan una responsabilidad demasiado grande al niño y respecto de lo que suceda, pensar que decidió algo cuando en realidad no lo hizo, eh o decirle cosas inadecuadas en ese sentido en lugares que no son aptos, eh que no se po, a mí las preguntas que más me chocaban eran cuando los ponían a decidir, o que les preguntaran cuando había abusos, como había sido, como los habían tocado, porque eso no es necesario que lo digan en la audiencia reservada, porque eso es competencia de la evaluación del delito y eso se hace en otro lugar.

¿Considera que hay un desafío para los consejeros técnicos para mejorar su labor?

Nos falta sistematizar el trabajo, no hay claridad en torno a eso, por ejemplo establecer que pericias pedir, donde derivar efectivamente los casos, porque cada uno hace lo que puede, uno internamente hace un buen trabajo, pero a

nivel nacional debe existir unidad entorno a que vamos a entender por ejemplo por daño, que es una cuestión súper básica para uno, pero que no significa lo mismo para todos, hay distintas definiciones y diferentes consejos para una misma situación.

Consejera Técnica. Psicóloga. Tribunales de Familia de Talcahuano.

¿En los fallos, el Juez incorpora su opinión?

Depende de la materia de la sentencia, por ejemplo en las de protección que son más formalizadas, señalan punto por punto, también en las de adopción en donde se fundamenta todo, siempre hay un punto donde se refiere a la opinión del consejero técnico, antiguamente también se señalaba un extracto citado de los audios o frases como “conforme a la opinión del consejero técnico”, también en causas más complejas, ellos me piden que mande por correo electrónico con la opinión completa, en forma de extracto y ellos lo transcriben en la sentencia, sobre todo en las que ellos piensan que pueden ser apeladas para fundamentar bien lo que ellos están sentenciando, como en las de violencia también, ellos piden el extracto, esto es más específico.

Es muy raro que una sentencia no esté en concordancia con la opinión de un consejero técnico, al menos en este tribunal, son contadas con la mano las discordantes.

Consejera Técnica. Asistente social. Tribunales de Talcahuano.

¿Usted considera que el juez toma en cuenta su opinión?

Por supuesto que sí, sobre todo cuando decidimos si procede o no realizar la audiencia. Sobre todo ahora con la implementación de la sala Gesell. Es el consejero técnico el que hace las preguntas, el juez ya no se mete.

¿Respecto de las facultades del consejero técnico, aparte de las que señala la ley, usted advierte otras?

Pffff...Nosotros hacemos muchísimo más de lo que dice la ley, nosotros por ejemplo hacemos la atención de público directa, hacemos la ponderación de los factores de riesgo, hacemos las conciliaciones, todas las conciliaciones previo a la audiencia, también hacemos entrevista previa en las causas de violencia y medidas de protección, evaluamos las cautelares, ponderamos los seguimiento de causas, monitoreo de las medidas de

protección y han aparecido una serie de fichas que se completan con la red SENAME, red salud, son muchas, y eso lo hacemos todo nosotros

Consejera Técnica. Asistente social. Tribunales de Concepción.

¿Cómo el juez incorpora su opinión en el fallo?

Señalan la opinión del consejero técnico, aparte que el juez está escuchando las preguntas y si algo se le va, ellos escuchan de nuevos los audios.

¿Usted considera que realiza más gestiones de las establecidas en la ley?

No, jajajaja ¿te imaginas? Nuestras funciones están establecidas en la ley y en varios autos acordados. Discúlpame ah, tengo a una persona en el despacho.

Consejera técnica. Asistente social. Centro de medidas cautelares y violencia intrafamiliar. Tribunales de Familia de Santiago.

¿Incorpora el juez su opinión en las resoluciones?

Sí, de todas maneras, tú ya viste como trabajamos acá, pero o sea, no te miento, es una cuestión que ha costado, me refiero a que nosotros día a día, nos tenemos que validar como expertos en asuntos de familia.

Al menos a mí, me consideran en todos los asuntos que requieren una mirada psicosocial.

¿Qué opina sobre la sala gesell?

Ay, a mí no me gusta esa cuestión. Siento que instrumentalizan al cabro chico. El objetivo ahí es sacar información, pero para que están los programas ambulatorios, ¿para qué exponemos al niño?, los niños se estresan mucho, en verdad se ponen nerviosos. Entre menos traigas a un niño a los tribunales es mejor, hay que traerlos según la edad, y preguntarles ¿quieres conversar? Encuentro que la parafernalia de la sala gesell, es demasiado innecesaria”.

Consejera técnica. Asistente social. Tribunal Mixto.

¿Respecto de las facultades del consejero técnico, aparte de las que señala la ley, usted advierte otras?

Tenemos muchas más funciones que las señaladas por ley, uuuuf, pero si piensa tú, que aquí nos tienen redactando resoluciones y esa es una cuestión que claramente no nos corresponde, o a hora, yo sé de la realidad de los tribunales del norte, porque trabajé allá, y yo te digo que el consejero técnico, solo entraba a audiencia y hacia los seguimientos, y nada más, o sea efectivamente, nosotros tenemos hartos más trabajo que hacer”

Extractos “Resumen y Análisis de fallo”

Repositorio de Jurisprudencia

Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana.