



UNIVERSIDAD DE CHILE.

FACULTAD DE DERECHO.

ESCUELA DE DERECHO.

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO.

**REGULACIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO POR LA
ACTUAL LEY N° 19.968 Y SU CONSIDERACIÓN POR LOS
TRIBUNALES NACIONALES. ANÁLISIS DE SU EFICACIA EN EL
EJERCICIO DE ESTE DERECHO EN CHILE**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

CONSTANZA ANDREA MARTÍNEZ MORGADO

PROFESOR GUÍA:

GABRIEL ÁLVAREZ UNDURRAGA

Santiago, Mayo 2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: CONTENIDO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL NIÑO.....	13
1.1 Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.....	13
1.1.1 Objetivos de la Convención.....	22
1.1.2 Principios y Derechos que consagra.....	28
1.1.3 Obligaciones para los Estados que ratifican la Convención.....	33
1.2 La Convención y nuestra legislación nacional.....	34
1.2.1 Convención Internacional de Derechos del Niño y su lugar en el ordenamiento jurídico chileno.....	34
1.2.2 Convención Internacional de Derechos del Niño y su relación con la legislación nacional.....	37
1.3 Observación General Número 12: El Derecho del niño a ser escuchado.....	42
1.3.1 Configuración del Derecho del niño a ser oído por Naciones Unidas.....	46

CAPÍTULO II: EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LA LEY N° 19.968.....	53
2.1 Ley 19.968 como respuesta a las exigencias internacionales.....	54
2.1.1 Objetivos Generales y Específicos de la ley.....	62
2.1.2 Tratamiento de la infancia y adolescencia en la ley.....	74
2.2. Oportunidad, forma, criterio, condiciones para que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados.....	80
2.3 Recurso de Casación en la Forma.....	100
2.4 Renuncia al derecho a ser oído.....	105
2.5 Proyectos de reforma a la Ley N° 19.968 en lo que respecta al derecho del niño a ser oído.....	110
2.6. Rol del Juez de familia, del Consejo Técnico y del Curador ad Litem en el derecho a ser oído.....	118
CAPÍTULO III: TRIBUNALES NACIONALES DE JUSTICIA Y EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO.	128
3.1. El Juez de Familia y el derecho del niño a ser oído en los procedimientos que ante él se sustancian.....	130
3.2. Análisis de sentencias de tribunales superiores de justicia nacionales período 2009-2013 en lo que respecta al derecho del niño a ser oído en procedimientos ante Tribunales de Familia.....	140
3.2.i. “Caso niño R.L.G.R”.....	140

3.2.ii. “Milka Segal Osacuk con Alfredo Levi Czerny”.....	148
3.2.iii. “Henríquez Álvarez con Robledo Alcayaga”.....	151
3.2.iv. “Calderón Barraza, Jaime con Munizaga Castro, María”.....	156
3.2.v. “Sjoland Olavarría”.....	158
3.3. Análisis de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Atala”.....	161
3.4. Conclusiones a partir del estudio realizado ¿Cómo fallan nuestros tribunales?: El valor de los dichos del niño, niña y adolescente.....	167
CAPÍTULO IV: LA SITUACIÓN EN CHILE DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA.....	176
4.1 Ley y Práctica: ¿Realmente se escucha a los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia?.....	176
4.1.1 El reconocimiento y ejercicio de este derecho que hace la ley N° 19.968 (breve remisión al Capítulo II).....	176
4.1.2 Cómo los tribunales de justicia “debidamente consideran las opiniones del niño” (breve remisión al Capítulo III).....	184
4.1.3 El rol del niño, niña y adolescente en el procedimiento de familia y en la solución del conflicto de familia.....	189
4.2 Estándares internacionales en relación al derecho del niño a ser oído en cuanto derecho fundamental.....	194
4.3 Propuesta de cambios.....	200

CONCLUSIONES.....	224
FUENTES.....	234
ANEXO 1:.....	264
APÉNDICE 1: ENTREVISTAS.....	271

DEDICATORIA

A mis padres, Cecilia y Alejandro, por su gran apoyo y paciencia a lo largo de la carrera y sé que tendré en el camino que queda. Mi hermana Francisca, por creer en el trabajo que hago y su ayuda en la realización de esta Memoria; a mis tíos Felipe y Miriam, Cecilia y Miguel, así como a primos por acompañarme siempre y darme ánimo cuando lo necesitaba.

A Ignacio por su ayuda infinita.

Javier, Nicole y Andrea buenos amigos que han visto esta memoria desde sus inicios, escuchar las ideas que he ido desarrollando y por su colaboración en su lectura.

AGRADECIMIENTOS

A don Gabriel Álvarez Undurraga, por guiar este trabajo, su contribución a que se concreten las ideas que tenía en mi mente. Por enseñarme tanto sobre los aportes de la metodología de la investigación al área del Derecho, como sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, y dejarme plasmar mis ideas y análisis en este trabajo.

A doña Virgina Salvo y Carolina Lara, trabajadoras de la Oficina de Protección de Derechos de la comuna de San Miguel, también al abogado Juan Francisco Pinochet, por darme las entrevistas necesarias para lograr una mirada empírica que complementa mi investigación.

Finalmente a la profesora de la Universidad de Talca Marcela Acuña San Martín, quien en el lanzamiento de su libro “Derecho de Relación Directa y Regular” con muy buena disposición respondió inquietudes sobre unos tópicos a desarrollar.

RESUMEN

La siguiente memoria tiene por objetivo analizar la eficacia de la regulación que hace la Ley N°19.968 del derecho del niño a ser oído, y así determinar la forma en que se ejerce este derecho en Chile.

Se utilizan fuentes documentales que permiten establecer, en abstracto, el marco en que debiese ejercerse este derecho, conforme a la regulación internacional de la Convención sobre Derechos del Niño. Posteriormente se determina la forma en que la legislación nacional ha incorporado al derecho interno el derecho del niño a ser oído, específicamente en los procedimientos ante Tribunales de Familia presentes en la Ley N° 19.968. Para finalizar con casos jurisprudenciales, de los años 2009-2013, en los que los tribunales superiores de justicia se han referido a este derecho.

Si bien la Convención Internacional sobre Derechos del Niño es parte de nuestro ordenamiento nacional, en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República, es necesario que la legislación especial, en particular la que regule procedimientos en los que se debe ejercer este derecho por niños, niñas y adolescentes involucrados, establezca el modo práctico: contexto, oportunidad, forma de solicitud, plazo, etc. La regulación por Ley N° 19.968 y su

aplicación práctica presenta aspectos que dificultan la participación de menores de edad en estos procedimientos.

Palabras Claves:

Derechos del Niño Chile; Derecho a ser oído; Convención Internacional de Derechos del Niño; Ley de Tribunales de Familia (Ley N° 19.968).

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the effectiveness of the regulation made by Law 19.968 regarding the right of the child to be heard and thus, to determine how this right is exercised in Chile.

Documentary sources are used in order to establish the abstract framework on which this right should be exercised in accordance with the Convention on the Rights of the Child; then, to determine the way national legislation had incorporated the right of the child to be heard into domestic law, in particular, in the proceedings before Family Courts contained in Law N°19.968. Case Law from 2009 to 2013, where the national High Courts of Justice have referred to this right, will also be used.

Although the International Convention on the Rights of the Child is part of our domestic law in virtue of Article 5 of the Constitution of the Republic of Chile; it is necessary that special legislation, particularly the procedural rules in which the right of the child to be heard has to be exercised by the children and adolescents involved, regulates the practical way it is exercised (i.e. context, opportunity, way to request the application of the right, deadlines, among others).

Law N° 19.968 and its practical application present aspects that hinder the participation of minors in these procedures.

Key words:

Rights of the Child in Chile; Right to be heard; International Convention on the Rights of the Child; Family Courts Act (Law N° 19.968).

INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar el tratamiento del tema sobre el que versa la siguiente Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, es necesario, primero, plantear el problema a tratar. La Convención Internacional sobre Derechos del Niño marca el cambio de considerar a los niños, niñas y adolescentes objeto de protección, a considerarlos sujetos plenos de derecho, con capacidad de ejercicio respecto de sus derechos fundamentales. Esto es de toda importancia, pues el derecho del niño a ser oído es contemplado en la Convención con relevancia trascendental y como aquellos que pueden ser ejercidos autónomamente en atención al principio de ejercicio progresivo de los derechos, que también el texto les reconoce.

Su ratificación por Chile, en 1990, puso a nuestro país en la obligación de realizar las reformas legislativas necesarias para concordar la legislación nacional con las exigencias internacionales. En este marco, se promulga, entre otras, la Ley de Tribunales de Familia (Ley N° 19.968), la que en el párrafo primero: De los Principios del Procedimiento, del Título III, artículo 16, reconoce el derecho del niño a ser oído. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho no ha estado exento de dificultades, la primera de ellas fue lograr su reconocimiento en la Ley 19.968, pues en el texto original del proyecto no era considerado. Hoy los problemas parecen apuntar a las falencias que se

presentan en el momento fáctico en que se debe ejercer este derecho, a mi parecer hay una aplicación un tanto intuitiva de éste dentro del procedimiento, lo que nos lleva identificar una falta de un criterio transversal utilizado por los jueces sobre las condiciones para escuchar al niño, niña y adolescente; cómo se debe realizar la audiencia para tales efectos; la forma en que sus impresiones son debidamente consideradas; institución insatisfactoria, para estos efectos, del “Curador ad litem”.¹ Sin perjuicio de ello, también considero que la regulación de la ley de este derecho deja un gran margen de decisión en manos del juez, quien no necesariamente está capacitado para ello.

Si proyectáramos la situación en el tiempo, el sistema chileno de regulación del ejercicio de este derecho sería deficitario, porque tendríamos una legislación y un sistema judicial que pretenden hacer eco de las exigencias que realiza la Convención, pero que en realidad no se condicen con ella. Lo que implicaría que tuviésemos un reconocimiento formal de este derecho, una aplicación de él dentro del procedimiento de familia como exige la ley, pero en la práctica niños, niñas y adolescentes no son realmente escuchados ni sus impresiones debidamente consideradas, cobijando un sistema paternalista de protección de sus derechos bajo la apariencia de un verdadero reconocimiento de ellos como sujetos de derecho. Cuestión que en último término implicaría un escaso

¹ Estas falencias han sido identificadas a partir de: VARGAS, M. CORREA, P. BARROS, P. CERDA, A. 2010. “Informe final Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia: el derecho a ser oído”. UNICEF y Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. [en línea] < http://www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=8 > [consulta: 26 de Marzo de 2013]

reconocimiento y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile. En este sentido, la autora Ana Carmen Figueredo explica “Ahora bien, la no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercitar sus derechos vulnera la garantía del debido proceso puesto que los niños son personas en desarrollo, con capacidades progresivas”²

Si precisamente fallamos en uno de los cuatro principios generales de la Convención, como así considera ONU al derecho del niño a ser oído³, fallamos en la base sobre la cual se construye el sistema jurídico de la infancia y adolescencia en nuestro país, cuestión sumamente grave, además considerando el tiempo pasado desde la ratificación de la Convención y la Ley N° 19.968 que hace eco de ello, es deber del legislador realizar un cuerpo que sea eficaz en lograr sus objetivos, pues con el sólo reconocimiento formal no es suficiente. Es un imperativo para nuestro país responder no sólo a la comunidad internacional, sino a nuestros niños, niñas y adolescentes, pues de continuar esta situación estaríamos frente a una grave vulneración de los Derechos Humanos, precisamente, de un grupo de la sociedad que no tiene aún todas las herramientas como para exigir a la sociedad se les respete.

² FIGUEREDO, Ana. 2007. “Derecho del niño a ser oído y participar en los procesos judiciales” [en línea] <<http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/docs/elderechoaseroido.pdf>> [consulta: 17 de Junio de 2013] p. 2.

³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N°12: El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra, Suiza. [en línea] <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc> [consulta: 8 de Abril de 2013] pr.2.

Por lo tanto, para controlar dicho pronóstico y considerando que “...dada la naturaleza de la mayoría de los Derechos contenidos en la Convención, no existen recursos constitucionales o legales para hacer valer muchos de ellos, por lo que, para su aplicación práctica, se requerirá dotar a los niños de recursos efectivos que garanticen la vigencia de los Derechos consagrados en la Convención”⁴. De ello se entiende que no basta la ratificación de la Convención de Derechos del Niño (sin perjuicio de su aplicabilidad directa, cuestión que será tratada en el Capítulo I de este trabajo) sino que se requiere complementar con una modificación de la legislación que entregue los mecanismos necesarios para hacer efectivo lo preceptuado en ella. Propongo:

- Existencia de un “Curador ad litem” y “Abogado del niño”.
- Mejor regulación legal de la forma en que se ejerza este derecho por el niño, así si debe ser en una audiencia, en presencia de qué partes, en qué lugar físico (sala especialmente acondicionada para ello)
- Deberes del juez de familia frente a niños, niñas y adolescentes en procedimientos cuyas resoluciones les afecten.

⁴ CORPORACIÓN OPCIÓN. 2006. “Acerca de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile en el período 1990/2000” [en línea] <<http://www.opcion.cl/documentos/biblioteca/ProteccionDerechos/ConsideracionJuridicaenChile.pdf>> [consulta: 17 de Mayo de 2013] pp. 13-14.

- Criterio sobre el cual decidir si es conveniente o no escuchar al niño, en atención a su edad, madurez e interés superior, y no sobre si es difícil o no para el juez entenderle.

- Comprender que los niños desde temprana edad se comunican y pueden formarse un juicio, y por tanto es deber del Estado proporcionarles los medios para el ejercicio de este derecho.

Como se desprende de lo ya mencionado, en esta investigación se trabajará en miras de responder a la interrogante ¿De qué manera la ley N° 19.968 y los tribunales nacionales de justicia de familia son eficaces en permitir el ejercicio del derecho del niño a ser oído?

Los objetivos que se tiene presente son:

i. Objetivo General: Analizar la eficacia de la actual ley N° 19.968, en lo que respecta a los mecanismos de ejercicio del Derecho del niño a ser oído en el procedimiento de familia, y la forma en que los tribunales lo han considerado.

ii. Objetivos Específicos.

1. Determinar el contenido del derecho del niño a ser oído en la Convención Internacional sobre los Derechos del niño.

2. Describir el marco regulatorio que la ley N° 19.968 brinda al Derecho del Niño a ser oído para permitir su ejercicio efectivo.

3. Examinar la forma en que los tribunales nacionales han considerado los preceptos de la Ley N° 19.968, en lo que respecta al Derecho del niño a ser oído.

4. Establecer la situación actual en Chile del Derecho del niño a ser oído, dentro del procedimiento de familia.

La importancia del estudio de este tema radica en la necesidad de realizar un análisis crítico de la situación de este derecho hasta la actualidad, posterior a la dictación de la ley N° 19.968 y sus reformas, lograr establecer si satisface los parámetros que se exigen a nuestro país en la protección de derechos del niño, niña y adolescente; con esta información, luego trazar las líneas que sean necesarias para mejorar la situación legislativa. En especial, cuando ya han pasado casi diez años de la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 19.968 en 2004, este trabajo busca servir de base para eventuales reformas legislativas en la materia y en la forma en que los tribunales de justicia nacionales conciben este derecho en cada caso y así tener un marco de protección nacional que sea acorde a las exigencias internacionales que se hacen a Chile y, particularmente, la adecuada protección de los derechos de los niños en nuestro país. Así como servir para la discusión doctrinaria en la materia, cuestión que es sumamente necesaria para ir depurando las conclusiones y así aportar al primer aspecto mencionado. Para ello se establecerán bases válidas para determinar el estado actual del problema,

estudiando cuáles son las falencias que nuestro ordenamiento jurídico presenta y proponer mecanismos para mejorarlo.

El objetivo último es lograr una justicia inclusiva de niños, niñas y adolescentes, lo que importaría en la práctica que hubiese un reconocimiento de su calidad de sujetos de derechos y, en especial, de actores principales en materias que directamente les afectan, lo que implica en un futuro tener ciudadanos activos y conscientes de sus derechos y deberes.

Por lo tanto, la hipótesis sobre la que se trabaja es: “La regulación del ejercicio del derecho del niño a ser oído por la ley N°19.968 y su aplicación por los tribunales de familia es ineficaz, pues ambos no son acordes a las consideraciones internacionales del niño como sujeto de derecho y del derecho del niño a ser oído, como corolario del principio del interés superior del niño, toda vez que en Chile se carece de la regulación legislativa de aspectos relevantes para el ejercicio de este derecho y los operadores del Derecho no han sabido dar una respuesta adecuada a ello.”

Finalmente, en lo que respecta a la metodología de la investigación, este trabajo desarrollará el tipo de investigación documental, en lo que respecta a los datos a recolectar. Sin perjuicio de ellos, se aplicarán también entrevistas a profesionales que trabajan en procedimientos ante Tribunales de Familia, en los que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes, para conocer su apreciación sobre el tema, determinando las falencias y aspectos favorables

que a su juicio tiene el sistema, así como puntos pendientes para mejorarlo, por tanto se enriquece de una investigación empírica.

Desde la perspectiva del propósito de la investigación, es una investigación pura, pues el fin es incrementar los conocimientos que se tienen sobre este derecho. Y en cuanto al nivel de investigación será descriptivo, porque es un análisis del comportamiento de este derecho en nuestro sistema judicial de familia, a posteriori de la promulgación de la ley y ya casi una década de su aplicación por los tribunales de familia.

El enfoque que tendrá este trabajo se guiará por el paradigma sociocrítico, porque “Entienden a la investigación no como descripción e interpretación, sino en su carácter emancipativo y transformador. La investigación sociocrítica parte de una concepción social y científica holística, pluralista e igualitaria”⁵, toda vez que el siguiente trabajo tiene una perspectiva socio jurídica, esto es, no sólo se estudiará la norma en forma abstracta, sino la forma en la que afecta a sus destinatarios, a niños, niñas y adolescentes que se ven involucrados en procedimientos ante Tribunales de Familia y que tienen derecho a ser oído en ellos.

Será no experimental, pues se trabajará con un enfoque retrospectivo, es decir, y analizarán relaciones y variables en la forma en que naturalmente se dan, sin intervención por parte del investigador.

⁵ GONZÁLEZ, Alfredo. 2003. Los paradigmas de investigación en las ciencias sociales. En revista Islas 45(138):125-135. Cuba. p. 133.

Se utilizarán tres métodos principalmente para la elaboración de este trabajo:

i. Método Analítico, pues se estudiarán y analizarán críticamente los elementos característicos del objeto de este trabajo, específicamente, en lo que respecta a la Convención Internacional de Derechos del Niño y el tratamiento que da al Derecho del Niño a ser oído, así como la Ley 19.968 en el mismo sentido, para finalmente configurar la forma en que el ordenamiento jurídico chileno en materia de procedimiento ante tribunales de familia, trata el ejercicio de este derecho por niños, niñas y adolescentes.

ii. Método Inductivo, en el estudio de la jurisprudencia para dilucidar la tendencia a nivel de tribunales de justicia en la materia.

iii. Método Comparativo, en lo que respecta al comportamiento nacional con las exigencias internacionales que la ONU realiza a nuestro país.

Se requerirá de fuentes formales primarias y secundarias de información, a saber: documentos de revistas, jurisprudencia y libros, por nombrar algunos, que se obtendrán de bibliotecas, internet, hemerotecas, entre otros. El trabajo con estas fuentes será de subrayado, fichas y resúmenes.

A la información recopilada, se le dará un tratamiento cualitativo, pues será registrada en un documento escrito, así como las conclusiones. Además, se trabajará con la encuesta para obtener datos de la práctica actual, que en suma con la información extraída desde la jurisprudencia y análisis de documentos,

nos darán la forma en la que se ejerce este derecho en Chile, situación que será contrastada con lo que en el plano internacional se exige a nuestro país.

En resumen, he decidido presentar esta memoria en el Departamento de Ciencias del Derecho, pues pretendo utilizar una metodología holística, por cuanto no sólo me centraré en el estudio de los documentos formales, sino que me planteo presentar las repercusiones de la norma en el desarrollo cotidiano, en particular, sobre el grupo de niños, niñas y adolescentes que se ven involucrados en procedimientos ante Tribunales de Familia. “Un paradigma integrativo del derecho debe superar la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia (...)”⁶ Explica Jorge Witker, y agrega “el objeto del conocimiento jurídico es complejo, de tal suerte que su método de abordaje debe ser complejo y no debe quedar reducido al positivismo formalista (...)”⁷

En el mismo sentido, el profesor Gabriel Álvarez expone sobre la importancia de la investigación jurídica integrativa en el Derecho, la pluralidad de vías: documental y empírica que enriquecen un trabajo de este tipo, en este sentido “En los últimos años [de carrera universitaria se refiere el autor] se intenta complementar el estudio de la investigación dogmática y documental,

⁶ WITKER, Jorge. 2008. Hacia una investigación jurídica integrativa. En Boletín mexicano de Derecho Comparado. Universidad Autónoma de México. México. p. 958,

⁷ Ibíd.

con las posibilidades emergentes de la investigación empírica o de campo con el objetivo de conocer la eficacia de la norma jurídica, es decir, estudiar la realidad jurídica en las fuentes directas (...)”⁸ luego señala “Nuestro enfoque considera que el objeto de estudio del Derecho no son solamente las fuentes formales del Derecho (Constitución, ley, decretos, reglamentos, ordenanzas, instrucciones, resoluciones, jurisprudencia, costumbre, actos jurídicos, actos corporativos y principios generales del derecho), sino también las realidades sociales que definen la eficacia de las normas jurídicas. Por lo tanto, el objeto de investigación del Derecho son las normas, los hechos y los valores, los que no se dan separados, coexisten incorporados en una unidad armónica, dialéctica y concreta”⁹

De tal manera que la investigación jurídica, en especial aquella que utiliza la vía documental y empírica, permiten evaluar la eficacia de una norma jurídica, cuestión relevante, pues las normas están hechas para regular la vida de los hombres, y este mecanismo permite medir el cumplimiento de los objetivos de ellas, y evaluar los focos en los que deben dirigirse futuras reformas. Esto se plasma en la investigación que, a continuación, presento.

⁸ ÁLVAREZ, Gabriel. 2012. “Importancia de la Metodología de la investigación jurídica en la formación de los estudiantes de Derecho” En: “Actas del Primero Congreso Nacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho” Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. [En línea] <<http://www.derecho.uchile.cl/ensenanzadelderecho/publicaciones.html>> [Consulta: 29 de Enero de 2015] p. 319.

⁹ ÁLVAREZ. 2012. Ob. cit. p. 320.

Este trabajo no pretende ser un análisis procesal sobre este derecho, ni desde la perspectiva de derecho privado, sino que se enfoca desde la perspectiva de los derechos de los niños.

Por último, se ha seguido el documento “Tesis de la Universidad de Chile. Pauta para su preparación y presentación” (2010), en lo que respecta a las formalidades en el desarrollo.

CAPÍTULO I:

CONTENIDO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL NIÑO.

A continuación, se desarrollará el primer capítulo de la tesis que pretende responder a la pregunta específica ¿En qué consiste el Derecho del Niño a ser oído según la Convención Internacional sobre Derechos del Niño?, dando así cumplimiento al primer objetivo específico de la investigación, que corresponde a determinar el contenido del derecho del niño a ser oído en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

1.1 Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

Antes de la Convención Internacional de Derechos del Niño, hubo intentos de regulación internacional del tema de infancia y adolescencia; en este sentido, “El reconocimiento de derechos civiles, políticos y de participación de niños y niñas, se ha ido dando lentamente, y recién en 1989, al aprobarse la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha venido a reforzar normativamente este grupo de derechos, con un cierto énfasis en la autonomía. Sin embargo, la concreción de un paradigma de los niños como sujetos activos constituye una fuerte lucha legislativa, política y cultural hasta el día de hoy.”¹⁰

¹⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA y CORPORACIÓN DE OPORTUNIDAD Y ACCIÓN SOLIDARIA OPCION. 2006. “Derechos de los Niños en Chile. Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño en las Naciones Unidas sobre la

Este trayecto se inicia en 1924, año en que se dio a conocer la Declaración de Ginebra, luego, en 1959 como segunda Declaración sobre el tema, fue firmada por la Organización de Naciones Unidas la Declaración de los Derechos del Niño, la que no reconoce el derecho del niño a ser oído, pues su enfoque apuntaba más bien a los derechos del niño dentro de la escuela y la familia. Sin embargo, legalmente no tenía carácter obligatorio lo que afectó en su aplicación y consideración internacional, perdiendo efectividad, como explica Irma Bavestrello “Reconociendo que las Declaraciones pueden sensibilizar a los Gobiernos, pero no los obligan, se estudió la creación de una legislación vinculante que los Estados obligados a cumplir, dictada tanto por organizaciones a nivel mundial como por aquellas que geográficamente corresponden a los bloques regionales”¹¹ Por ello, años después, el 20 de Noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre Derechos del Niño unánimemente.

Como bien se identifica en la introducción del libro “Niños y Adolescentes sus derechos en nuestro Derecho”, la importancia de la Convención fue fundamental “La Convención tuvo, al menos, tres características que

aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile”. [en línea] <http://www.omct.org/files/2005/09/3074/chile_informe_altern_crc_omct_opcion_es.pdf> [consulta: 17 de Mayo de 2013] p. 23.

¹¹ BAVESTRELLO, Irma. 2003. “Derecho de Menores” Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. pp.29-30.

determinaron su importancia en el campo de los derechos humanos. En primer lugar, ella supuso un cambio radical en la concepción de los derechos humanos de la infancia, transformando al niño de objeto de objeto en sujeto de derecho y regulando, desde esa concepción su situación jurídica y sus relaciones con el Estado, la sociedad y la familia. En segundo lugar, la Convención amplió considerablemente la gama de derechos y libertades de que éstos son titulares, a la vez que dotó a estos derechos y libertades de contenidos específicos. Por último, como instrumento jurídico vinculante, la Convención obligó de forma directa a los Estados Partes a respetar, promover y desarrollar los derechos en ella reconocidos, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para ello.”¹²

El 27 de Septiembre de 1990 por medio del Decreto Número 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial en dicha fecha, se incorpora la Convención como parte de nuestra legislación.

Juan Andrés Orrego considera que “tres son los grandes pilares sobre los cuales se asienta la Convención:

¹² CILLERO, M., COUSO, J., JUSTE, M. y URZÚA, P. 1995. “Niños y Adolescentes sus derechos en nuestro Derecho”. Ediciones SENAME. Santiago, Chile. p. 18.

En el mismo sentido Luisa Mercedes Freites señala “Uno de los avances alcanzados con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es el cambio de paradigma con respecto a la infancia. La Convención se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derechos y ello implica que tiene capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen (...), es decir, les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía.” En FREITES, Luisa. 2008. “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos” En: Artículos Arbitrados. Año 12, N°42 [en línea] <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S131649102008000300002&lng=es&nr m=iso&tlng=es> [Consulta: 7 de Agosto de 2013]. Venezuela. p. 432.

1° Que el niño, necesita una protección y cuidados especiales (...)

2° Que deben respetarse los derechos que la Convención asegura a todo niño, sin importar cual sea su raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición que lo afecte, o a sus padres o a sus representantes legales. (...)

3° Que el interés del niño es un interés superior (...)¹³

A mi parecer, la nueva consideración de niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho se sustenta en tres elementos principalmente, que adquieren el carácter de principios transversales. Su importancia radica en que configuran a los menores de edad como ciudadanos (no en un plano de inferioridad a los adultos) por cuanto tienen derecho a participar y al ejercicio autónomo de sus derechos en forma acorde a su desarrollo. Esto implica que niños, niñas y adolescentes tienen un rol activo en su entorno: sociedad, familia y Estado, pueden participar en él y para ello requieren que los adultos creen las instancias pertinentes y tengan especial consideración hacia la forma en que los menores de edad se desenvuelven frente a ellos, teniendo especial atención al interés superior de niños, niñas y adolescentes. Con lo anterior me refiero a:

- Autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, que corresponde a la "Capacidad y facultad de niños para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente al derecho-deber de los padres o

¹³ ORREGO, Juan Andrés. 2007. "Temas de Derecho de Familia". Editorial Metropolitana. Santiago, Chile. p. 29.

adultos responsables de dirección y orientación para el ejercicio de dichos derechos. Implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no ejercerlo”¹⁴

- Derecho a ser oído. En este sentido, OEA en documento elaborado sobre participación de niños, niñas y adolescentes en 2010, explica que “Se reafirma entonces que el “Derecho a ser escuchado y tomado en cuenta” conceptualizado en términos generales como participación, es a la vez, un derecho y uno de los principios orientadores que transversalizan todo el texto como lo son el Principio de autonomía progresiva, el de no discriminación, y el del interés superior del niño como horizonte en la resolución de conflictos (...) En segundo lugar (...) es el vértice o punto de encuentro de un conjunto de derechos en los cuales se apoya: el derecho a la formación de un juicio propio, a la libertad de opinión y de expresión, a ser escuchado, a buscar, recibir y difundir ideas, a ser informado y a buscar información, a la libertad de asociación y de reunión, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la consideración de sus puntos de vista en espacios tales como la

¹⁴ VARGAS, M., CORREA, P. 2011. “La Voz de los Niños en la Justicia de Familia en Chile”. En: Revista *Ius et Praxis* Año 17, (1) Universidad de Talca. Chile. p. 178.

En un sentido similar al de las autoras explica COUSO, Jaime. 2006. “El Niño como sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído”. En *Revista de Derechos del Niño*. Números 3 y 4. Santiago, Chile. pp. 150-153.

familia, la escuela y otros espacios institucionales.”¹⁵ Como se aprecia, la participación es entendida en sentido amplio, es decir, en todos los aspectos de la vida en las que se puede desarrollar un niño, ya sea frente a su familia, sociedad y Estado, dentro de éste, los procesos judiciales en los que se tomen decisiones que les afecten en su persona y en sus derechos. Por contracara, destaca el deber de los adultos de desarrollar las instancias adecuadas para dicha participación, generando acogida a través del uso de profesionales adecuados, infraestructura, óptima organización del procedimiento de participación, entre otros.

- Interés Superior del Niño. Ha adquirido el carácter de principio general del derecho y responde a “(...) una aplicación clara de un criterio de prioridad que encuentra su fundamento último en una concepción de la justicia que se funde en el reconocimiento que las desigualdades sólo son tolerables, si satisfacen, entre otras condiciones, el <<procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad>>. La Convención, justamente pretende superar- a través del reforzamiento de su posición jurídica – el carácter de grupo menos aventajado que

¹⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS e INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. 2010. “La participación de niños, niñas y adolescentes en las Américas. A 20 años de la Convención sobre los derechos del niño” [en línea] <www.iin.oea.org/IIN2011/documentos/librilloESPAnOL.pdf> [consulta: 10 de Agosto de 2014] p. 14.

tradicionalmente ha acompañado a la infancia”¹⁶ Por tanto, Cillero explica que “una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.”¹⁷

Esto tiene un carácter imperativo para jueces impidiendo decisiones paternalistas sobre niños, niñas y adolescentes. Es por ello que la forma en que se plasma el razonamiento judicial en la sentencia debe hacerse cargo de esto, no sólo mencionando que se falla conforme al interés superior del niño, sino que se refleje el ejercicio de ponderación realizado, en el que debe considerar, entre otros elementos, la opinión del niño involucrado.

Finalmente, considerar que el Comité de Derechos del Niño en la Observación General Número 14 ha expresado que “Ambos artículos (haciendo mención a los artículos 3 y 12 de la Convención sobre

¹⁶ CILLERO, Miguel y MADARIGA, Hugo. 1999. “Infancia, Derecho y Justicia”. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales y UNICEF. Santiago, Chile. p. 27.

¹⁷ CILLERO, Miguel. 1999. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño”. En: Revista Justicia y Derechos del Niño (1) Santiago, Chile. [en línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf > [consulta: 10 de Agosto de 2014] p.59.

Derechos del Niño) tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior”¹⁸

Sin perjuicio de lo expresado, y de la relevancia sustancial que en la materia significa la Convención Internacional de Derechos del Niño, no se puede olvidar que otros instrumentos internacionales también reconocen derechos a niños y adolescentes, “tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Declaración Americana, el PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la Convención Americana reconocen el derecho de niño a una protección especial”¹⁹ Es más, en el preámbulo de la misma Convención se hace referencia a aquellos, pero es ella la que adquiere un rol protagónico en lo que respecta a derechos del niño, pues es el primer instrumento internacional que consagra derechos humanos específicamente para niños, niñas y adolescentes, lo que significó un cambio revolucionario en la concepción de los menores de edad, así se ha dicho sobre la Convención

¹⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación General N° 14. [en línea] <http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf> [consulta: 4 de Septiembre de 2014] pr.43.

¹⁹ O'DONNELL, Daniel. 2007. “Derecho internacional de los derechos humanos”. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. p. 795.

Internacional sobre Derechos del Niño que “La consagración de este conjunto de derechos desmiente la concepción tradicional de la niñez como “estado de incompletad o deficiencia” para instalar una nueva perspectiva en que el niño es un ser pensante, capaz de formarse juicios, de tener ideas propias en función del grado de desarrollo alcanzado (Principio de autonomía progresiva). En suma: se abre a la consideración de un niño persona.”²⁰

Lo anterior implica un cambio de paradigma sustancial en la forma en que jurídicamente se conciben niños, niñas y adolescentes: de la Doctrina de la Situación Irregular, se pasa a la Doctrina de Protección Integral, la que conforme a la autora venezolana Mireya Bolaños encuentra una justificación jurídica en “(...) queda superado el modelo de Estado Liberal dando lugar al Estado Democrático Constitucional, cuya condición se refleja no sólo en el limitado ejercicio del poder, sino también en la garantía de la tutela de los ciudadanos en sus derechos fundamentales.”²¹

²⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS e INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. Ob. cit. p. 14.

²¹ BOLAÑOS, Mireya. 2006. Fundamentación epistemológica de la doctrina de la protección integral. En CORNIELES y MORAIS. 2006. VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán. Editorial UCAB. Universidad Católica Andrés Bello. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, Venezuela. p. 33.

1.1.1 Objetivos de la Convención.

“Uno de los objetivos principales de la Convención sobre los derechos del niño fue confirmar al niño como sujeto de derechos (...) Otro objetivo importante (...) fue definir el contenido del derecho a la protección (...)”²²

De los principios y derechos que consagra la Convención, se puede advertir que se intenta regular el desarrollo del niño, niña y adolescente en sus diversos aspectos, por lo que es necesario describir cada uno para comprender los objetivos que al respecto persigue la Convención. Para estos efectos considero que básicamente se concentra cuatro ejes de atención:

i. Niño, Niña y Adolescente y sociedad.

La Convención ve en el niño, niña y adolescente un ciudadano en potencia, que es titular de derechos que, en atención al principio de autonomía progresiva, podrá ir ejerciendo en forma más autónoma, ya sea de sus padres o de la sociedad, a mayor edad. He ahí el gran rol que juega toda la sociedad en establecer los mecanismos óptimos para el desarrollo del niño, niña y adolescente, en especial como sujeto de derecho. En este sentido, el preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño señala que “Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu

²² O'DONNELL. 2007. Ob. cit. pp. 806-807.

de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”²³ En este sentido, considero relevantes los artículos 13 (libertad de expresión) 14 (libertad de pensamiento y creencia), 17 (acceso a información) y 19.2 (establecimiento de programas sociales en caso de abuso físico o mental) de la Convención.

Así, en este punto considero como objetivo de la Convención que todo niño, niña y adolescente pueda desenvolverse y desarrollarse en sociedad, con pleno respeto de sus creencias y opiniones, es decir, respeto a su identidad individual. Y que en dicho desarrollo la sociedad también tiene un deber activo, en especial en lo que respecta a la educación de sus derechos, como ya se señalaba, en el pleno respeto en el ejercicio de ellos, así como en generar conciencia en el respeto de los derechos de otros. A mi parecer, la sociedad juega un rol también importante en casos de vulneración de derechos, con esto me refiero al entorno no familiar del niño, niña y adolescente que comparten con él o ella, como profesores, vecinos, personal de recintos hospitalarios y clínicos, entre otros, que pueden tener acceso a información sobre vulneración de sus derechos y que están en mejor posición que el mismo menor de edad para denunciar estos actos, en especial cuando se trata de niños y niñas, como se reconoce en el artículo 70 de la Ley de Tribunales de Familia.

²³ PREÁMBULO Convención sobre Derechos del Niño. En DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2009. “Documentos Oficiales. Justicia Penal de Adolescentes: Derecho Nacional e Internacional”. Santiago, Chile. p. 88.

ii. Niño, Niña y Adolescente y su familia.

El preámbulo de la Convención enfatiza la importancia de la familia, “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”²⁴ Sin embargo, no opta por ningún tipo o modelo de familia en particular, sino que más bien apunta a crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, proporcionado por figuras adultas que de manera estable formen parte de su vida. En este sentido, UNICEF explica que “La Convención sobre los Derechos del Niño tiene como uno de sus pilares fundamentales el fortalecimiento de las relaciones del niño con su familia; para ello se establece un conjunto de protecciones al desarrollo de la infancia, cuyo principales responsables son los padres (...)”²⁵

Por lo que la Convención tiene como objetivo regular las relaciones entre niño, niña y adolescente y su familia; así como esta última en sí y el Estado. En este sentido, “(...) Dos derechos ... tienen especial relevancia para la Convención, a saber, el derecho del niño a una protección especial y el derecho de la familia a protección, en particular a ser protegida contra "injerencias

²⁴ PREÁMBULO CONVENCION (...). Ob. cit. p. 88.

²⁵ UNICEF. 2005. “Situación de los Niños y Niñas en Chile. A 15 años de la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño. 1990-2005” [en línea] <http://www.unicef.cl/archivos_documento/138/unicef.pdf> [consulta: Jueves 22 de Agosto de 2013] p. 20.

arbitrarias o ilegales". Podemos considerar que la interacción de esos dos derechos fundamentales determina la legitimidad de una injerencia del Estado, o del derecho, en la vida familiar."²⁶

Dentro de los derechos que persiguen dicho objetivo, se pueden mencionar, por ejemplo, los artículos 5 (artículo relevante en esta materia, pues reconoce que el Estado debe respetar los derechos y deberes que los padres o miembros de la familia ampliada, tienen respecto de la dirección y orientación en el niño, para que pueda ejercer los derechos que le reconoce la Convención), 7 parte final, 18 (relevante al consagrar el principio de corresponsabilidad parental²⁷) y 27.2 de la Convención.

iii. Niño, Niña y Adolescente y Estado.

El Estado además tiene un rol subsidiario y garante en las relaciones anteriores, así se entiende tanto del artículo 1 inciso 2 de la Constitución Política de la República, y de las menciones que en la misma Convención se

²⁶O'DONNELL, Daniel. 2001. "La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido" En GONZÁLEZ, Mauricio y VARGAS, Elieth (compiladores). "Derechos de la Niñez y Adolescencia" [en línea] <http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf> [consulta: Miércoles 21 de Agosto de 2013] p.23. (Versión original en: En: Derecho a tener derecho: Infancia, Derecho y Políticas Sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A., s.f.)

²⁷ Principio que es definido como "...el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos" por LATHROP, Fabiola. 2009. "La corresponsabilidad parental" En Varios Autores. "Estudios de Derecho Civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué". Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. p. 209.

realizan al rol del Estado en apoyo al trabajo de la familia, con los límites que en esta relación identifica el autor Daniel O'Donnell, expresados en el apartado anterior; así en el preámbulo se considera que “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, *debe recibir la protección y asistencia necesarias (...)*”²⁸

La Convención, a mi parecer, reserva un doble rol al Estado: por un lado, uno en segundo plano, en relación con la familia. El Estado no debe intervenir, por regla general, en la relación niño, niña y adolescente y su familia, salvo casos graves, como ya señalaba O'Donnell, y en el mismo sentido señala Barcia al explicar el Principio de Intervención Mínima del Estado.²⁹ Pero también se ve una faz activa, en lo que respecta a los poderes legislativo y judicial, en el pleno respeto y garantía de los derechos que esta Convención consagra. En este sentido, se plantea como objetivo del Estado, en un modo amplio, que se tomen las medidas necesarias para que en el país correspondiente se respeten y garanticen efectivamente los derechos que la Convención consagra. Este punto debe vincularse con el tema 1.1.3. Obligaciones para los Estados que la ratifican.

²⁸ PREÁMBULO CONVENCIÓN (...). Ob. cit. p. 88. El destacado se ha agregado.

²⁹ BARCIA, Rodrigo. 2011. “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. p. 26.

Tanto en la relación con el Estado, como en las ya vistas, debe tenerse presente que se rigen fundamentalmente por el Principio del Interés Superior del Niño (art. 3 Convención)

iv. Niño, Niña y Adolescente en sí mismo.

En este sentido, uno de los objetivos de la Convención es establecer el carácter de sujeto de derecho del niño, niña y adolescente, y la vez sujetos que deben gozar de una protección especial.

Vinculado su posición de sujeto de derecho, está el lograr que tengan conciencia de sus derechos y de la forma de ejercerlos, así como que otros también tienen los mismos derechos y el respeto que deben tener hacia ello. Cuestión que se puede lograr principalmente por vía de la educación.³⁰ Los derechos consagrados en la Convención, como explica UNICEF“...estos derechos tienen por objetivo asegurar a todos ellos el desarrollo de su personalidad y su plena integración a la sociedad”³¹ Recordando que son plenos sujetos de derechos y “ciudadanos en potencia”. Como se ve, para

³⁰ Así se ha expresado UNESCO: “Un derecho consagrado en la Convención que posibilita el ejercicio de todos los demás es el derecho a la educación. “Gracias a la educación, desde los primeros años de vida, los niños no sólo llegan a conocer sus derechos, sino que también adquieren las competencias y aptitudes necesarias para hacerlos valer”, declaró el Sr. Qian Tang, Subdirector General de Educación de la UNESCO” En UNESCO. 2012. “Los derechos de los niños son derechos humanos” [en línea] <http://www.unesco.org/new/es/education/resources/online-materials/single-view/news/childrens_rights_are_human_rights/#.Uh4cbdJLPRw> [consulta: 28 de Agosto de 2013]

³¹ UNICEF. 2005. Ob. Cit. p. 1.

lograr este objetivo, es importante que en las demás relaciones se cumplan los fines planteados, pues todo el aparato de la Convención depende de las relaciones mutuas entre cada uno de los actores.

Dentro de los derechos que persiguen este objetivo, se puede mencionar como ejemplo los artículos 6, 8 y 15 de la Convención. Sin embargo, a mi parecer el más relevante es el artículo 5 de la Convención que consagra el principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño, niña y adolescente.

1.1.2 Principios y Derechos que consagra.

La profesora Aída Kemelmajer nos recuerda, al respecto, las palabras de Richard Reid, al señalar que "...según un autor británico, los 54 artículos de la Convención pueden ser reducidos a las llamadas tres P', en inglés, *protection, provision and participation*' "³² En este último cabe el derecho del niño a ser oído.

Como explica Barcia:

"Verhellen divide los derechos humanos del niño de la siguiente forma:

³² REID, Richard. 1994. "Children's rights: Radical remedies for critical needs" en Justice for Children. En: KEMELMAJER, Aída. 1996 "El derecho constitucional del menor a ser oído". Revista de Derecho Privado y Comunitario. Separata de la Revista N°17. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires; Santa Fé. p. 162.

a) Derechos civiles, que estarían contenidos en los dieciocho primeros artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pero, además incluyen al derecho a la integridad (...) ³³

b) Derechos Políticos que cubren la libertad de opinión, libertad de expresión, asociación opinión y libertad de conciencia y religión (...) en los artículos 12, 13, 15, 14 y 17 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

c) Derechos económicos (artículos 4, 32 y 36 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño). Estos derechos presentan dos fases (...) se configuran como una obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para implementar los derechos económicos y sociales (...) en la segunda se exige específicamente la protección del Estado frente a la explotación de menores.

d) Derechos sociales. En general, se refiere a estos derechos el artículo 4 de la Convención y específicamente en ella se regulan el derecho a la educación (artículos 28 y 29), a la salud (artículo 24) y a la seguridad social (artículo 26).

e) Derechos culturales (...) artículos 4 y el artículo 31 que reconocen el derecho a descansar, al ocio y a ocuparse y tener un rol con plenos derechos de participación en la vida cultural y artística. ³⁴

Además, se contempla el derecho a una protección especial, esto dada la especial cualidad de niños, niñas y adolescentes, quienes se encuentran dentro de la sociedad en una situación de vulnerabilidad, así explica Buaz Valera “La protección especial como parte integrante e integradora de la Protección Integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos

³³ Nótese que no están incorporados en la Convención sobre Derechos del Niño.

³⁴ VERHELLEN, E., 1994. “Convention on the Rights of the Child; Background, Motivation, Strategies, Main Themes” Garant, Verhellen and Garant Publishers N. V., Belgium. En BARCIA, Rodrigo. 2010. “Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad del niño” [en línea] <http://www.legalpublishing.cl/images/2010/LSJ/07_Julio/lsj1julio/lsj_portada_secc01.html> [consulta: 28 de Agosto de 2013]

humanos universales (salud, educación, vida digna, etc.), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección, y en consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección”³⁵

O'Donnell enfatiza en que “La Convención no reconoce al niño como sujeto de todos los derechos humanos. Entre los derechos que no son consagrados por la Convención están el derecho a recurrir a la justicia, la libertad de residencia y circulación, a casarse y establecer una familia, al trabajo y derechos conexos (...)” y agrega que en vez del derecho a recurrir a la justicia, el artículo 12.2 reconoce el derecho del niño a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.³⁶ Sin embargo, autores identifican el derecho del niño a ser oído en los procedimientos administrativos y judiciales que le afecten con el derecho a acceder a la justicia o al menos como uno de sus elementos. Así, por ejemplo, señala Rocío Quintana: “Niños y niñas deben ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano

³⁵ BUAIZ, Yuri Emilio. 2001. Introducción a la doctrina de la Protección Integral de los niños. En MORAIS, María (coordinadora) 2001. Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Editorial UCAB. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. p. 23

³⁶ O'DONNELL. 2007. Ob. cit. p. 807.

apropiado, es decir, tienen el derecho fundamental de acceder a la justicia y como parte del mismo, que sea respetado su debido proceso”³⁷ En un sentido similar, el autor Ricardo Pérez establece que el artículo 12 de la Convención consagra, por un lado el derecho a defensa material, y por otro, el derecho a defensa técnica³⁸. En el mismo orden de ideas, Celeste Leonardi, considera que el derecho a defensa material se concreta con el derecho a ser escuchado, consagrado en el artículo 12 inciso 1 de la Convención, y el derecho a defensa técnica, consagrado en el artículo 12 inciso 2 del mismo instrumento, así como en la Observación General N°12 en sus párrafos 35 y 36, que prescriben que el representante del niño, niña o adolescente, puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona.³⁹

³⁷ QUINTANA, Rocío. 2012 “El acceso a la justicia de los niños, niñas y jóvenes en el distrito federal” En CDHF (Comisión de Derechos Humanos de Distrito Federal) Boletín Número 6 “Estrategia por los Derechos de la Infancia [en línea] <<http://www.cdhf.org.mx/index.php/estrategia-derechos-de-la-infancia/2705-boletin-6-infancia-2012>> [consulta: 28 de Agosto de 2013]

³⁸ PÉREZ, Ricardo. 2006. “Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes” En: Revista Justicia y Derechos del Niño (N°8). Santiago, Chile. pp. 252-254.

En el mismo sentido, “Dado que el derecho a la defensa es una garantía de rango constitucional alcanza también a los niños en su calidad de personas. Un niño no puede estar ajeno a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, que son parte constitutiva e inescindible del derecho a defensa. En estos casos, adquiere una especial connotación y se materializa a través del derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta.” VARGAS, M. y CORREA, P. 2011. Ob. cit. p. 185.

³⁹ LEONARDI, Celeste. 2012. “El Abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo M.,G. c/ P., C.A.” En Cuestión de Derechos. Revista Electrónica N° 3 Segundo semestre 2012. [en línea] <<http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%208.pdf>> [consulta: 24 de Noviembre de 2014] pp. 103-104.

Como lo logro entender, el artículo 12 de la Convención efectivamente consagra el derecho a defensa material y técnica los menores de edad, toda vez que no sólo les otorga el derecho a ser oídos y que sus opiniones sean debidamente consideradas, sino que conforme al procedimiento y el conflicto, puedan tener un rol más activo en su desarrollo y en la resolución a la que se pueda arribar, para ello necesariamente se debe dotar a estos sujeto de derecho de mecanismos procesales para hacer valer sus derechos. De otro modo, carece de contenido práctico la prerrogativa hecha en este instrumento internacional.

Finalmente y concordando con el autor Cançado Trindade, es relevante considerar que "...no es posible concebir derechos (...) sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo – inclusive el niño – de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales"⁴⁰ Como expresión de esta forma de entender la segunda parte del derecho del niño a ser oído, 2014 aprobado el "Tercer Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño" que permite a niños, niñas y adolescentes presentar por sí denuncias ante la ONU por transgresión a sus derechos. La entrada en vigencia de este instrumento ha iniciado en Abril de 2014, y en Chile se está a la espera de su

⁴⁰ CANÇADO, Antônio. 2008. "El Derecho de Acceso a la Justicia en su amplia Dimensión". CECOCH (Centro de Estudios Constitucionales de Chile). Santiago, Chile. p. 157.

ratificación por el Congreso Nacional. Como se destaca en los comunicados de prensa “Este instrumento internacional toma en especial consideración la relevancia de adaptar los procedimientos para acceder a la protección internacional a los niños y las niñas de tal modo que se garantice una efectiva participación de los niños y las niñas en la defensa de sus derechos.”⁴¹

1.1.3 Obligaciones para los Estados que ratifican la Convención.

Para Daniel O’Donnell “la primera obligación del Estado es respetar a los padres en el cumplimiento de estas responsabilidades (...)”⁴² De la lectura de la Convención, se puede identificar:

- Estados partes se obligan a respetar y asegurar a cada niño los derechos enunciados en la Convención. Entre ellos el derecho a la vida, a vivir junto a sus padres, a tener un nombre y nacionalidad, salud y acceso a tratamientos y rehabilitación; un adecuado desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Educación y seguridad social. Protección contra la explotación económica y sexual (Parte I de la Convención)

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 2011. “CIDH saluda la entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones” 2014. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/008.asp>> [consulta: 4 de Agosto de 2014]

⁴² O’DONNELL, Daniel. 2007. Ob cit. p. 809. En referencia a las responsabilidades que la Convención radica en los padres y miembros de la familia.

- A dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención, por medios eficaces y apropiados (artículo 42 Convención)
- Presentar informes sobre medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos (artículo 44 Convención)⁴³

Finalmente, una de las obligaciones principales es la de concordar la legislación interna con los derechos y principios de la Convención, para dar una efectiva aplicación y consideración en nuestro ordenamiento, como se desprenden del artículo 4 de la Convención.⁴⁴ En el apartado siguiente se tratará en detalle este tema.

1.2 La Convención y nuestra legislación nacional.

1.2.1 Convención Internacional de Derechos del Niño y su lugar en el ordenamiento jurídico chileno.

Considero relevantes plasmar las ideas de los profesores Tavolari y Vargas, quienes desde sus respectivas áreas de estudios, derecho procesal e

⁴³ Hay obligaciones específicas relacionadas con el Derecho del Niño a ser oído, y que serán estudiadas en el punto 1.3 “Observación General Número 12: El Derecho del Niño a ser escuchado”.

⁴⁴ “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.” ONU. 1989. Convención sobre Derechos del Niño. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion>> [consulta: 21 de Marzo de 2013.]

internacional respectivamente, llegan a la misma conclusión. La que es adecuada al tema al estudio, toda vez que estamos frente a una Convención Internacional, que a la vez de consagrar derechos sustantivos para niños, niñas y adolescentes, también contempla disposiciones de carácter procesal.

El profesor Raúl Tavolari es partidario de considerar que “(...) el tratado tiene una jerarquía superior a la Constitución porque, ratificado, el país no tiene posibilidad de invocar ninguna ‘ley interna’ para desacatarlo”⁴⁵, además considera que “Existe, además, otra motivación que, aun cuando no estrictamente jurídica, me refuerza en este sentir: el actual Derecho de los Derechos Humanos, no es, ni remotamente, una simple vinculación ‘Estados’. Protagonista, sujeto activo de tales regulaciones, es el individuo, el súbdito de dichas organizaciones, respecto de quien, por lo demás, las obligaciones se contraen y los compromisos se asumen”⁴⁶.

Por otro lado, el autor Edmundo Vargas, manifiesta que “ en Chile los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes, tanto si aquéllos han sido concluidos antes o después de la promulgación de una ley (...) La primacía del tratado sobre la ley, que quedó consagrada con la reforma constitucional de

⁴⁵ TAVOLARI, Raúl. 1994. “Proceso y Pactos Internacionales”. En “Comentarios Procesales”, Jornadas Académicas, Edeval, Valparaíso, Chile. p. 122.

⁴⁶ *Ibíd.*

2005 (...)"⁴⁷ Respecto de la relación con la Constitución, el mismo autor explica "...la Constitución de 1980, después de su reforma de 1989⁴⁸, confirió a los tratados sobre derechos humanos un valor igual al de la Constitución"⁴⁹ El autor continúa, señalando que para que un Tratado Internacional tenga rango constitucional, debe "procurar el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", en sentido amplio, y debe haber sido ratificado por Chile y que se encuentre en vigencia.⁵⁰ De la misma idea es don Humberto Nogueira quien explica:

"A través de la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de un tratado internacional, el Estado compromete su soberanía, al obligarse a aplicar y dar eficacia jurídica interna a la norma internacional incorporada, con lo que el Estado unilateralmente no podría quitarle aplicabilidad y eficacia al tratado, salvo que recurra a su denuncia o a la pérdida de vigencia de él, todo ello conforme a las reglas del Derecho Internacional. Ello implica en la práctica que, un tratado incorporado válidamente al ordenamiento, siguiendo el procedimiento indicado por la Constitución a través de los órganos competentes constitucionalmente para ello, establecen un ámbito de contenido normativo de rango

⁴⁷ VARGAS, Edmundo. 2007. "Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI". Editorial Jurídica. Santiago. Chile. pp. 216-217

⁴⁸ Se refiere a la Ley 18.825 de 1989 que modificó el artículo 5 de la Constitución, dejando el inciso 2 en la forma actual: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"

⁴⁹ VARGAS. Ob. cit. p. 219.

⁵⁰ VARGAS. Ob. cit. pp. 222-223.

constitucional (constitución material, no formal), estableciendo una equivalencia de rango normativo, especialmente en los tratados sobre derechos humanos, tal como lo establece la Constitución en su artículo 5º inciso 2º.⁵¹

1.2.2 Convención Internacional de Derechos del Niño y su relación con la legislación nacional.

Primero, es conveniente señalar que hay disposiciones dentro de la Convención que no necesitarían de una norma de legislación interna para poder ser aplicada por los tribunales nacionales. Así, se explica en “Niños y Adolescentes sus derechos en nuestro derecho”:

“Muchas de las disposiciones de la Convención, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por Chile, son “autoejecutivas” (sic). Es decir, son disposiciones de “ejecución inmediata” que no requieren ser mayormente elaboradas por la legislación interna para su implementación (...) Tal es el caso, por ejemplo del artículo 40 de la Convención (...) Sin embargo, la Convención también contiene determinados principios y directrices, que por su generalidad, no pueden ser directamente aplicados (...) Ello implica un importante deber para los legisladores, el de adecuar la legislación interna a sus principios, y una fundamental herramienta de interpretación de las leyes para los tribunales (...)”⁵².

⁵¹ NOGUEIRA, Humberto. 1997. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. En Revista *Ius et Praxis* vol. 2 num. 2. 1997. Universidad de Talca. Talca, Chile.[En línea] < <http://www.redalyc.org/pdf/197/19720203.pdf> > [consulta 29 de Enero de 2015]

⁵² CILLERO, M., COUSO, J., JUSTE, M., URZÚA, P. Ob. cit. p. 21-22.

En el mismo orden de ideas, el artículo 4 de la Convención impone la obligación a los Estados de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, así “La Convención, para los Estados que la ratifican, tiene fuerza vinculante, debiendo éstos adaptar la legislación interna de sus países a sus contenidos. También deben incorporarse los criterios de interpretación y aplicación de las leyes al contenido de los derechos establecidos por las normas internacionales”⁵³, en especial, y como exige UNICEF, no basta con reconocer un derecho, sino que se debe dotar de los mecanismos necesarios para su efectiva satisfacción.⁵⁴

Dando cumplimiento a lo anterior, en Chile se han llevado a cabo diversas reformas legislativas, que ha identificado UNICEF⁵⁵, de las que destaco:

⁵³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. “El Sistema Filiativo chileno”. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. p. 34.

⁵⁴ UNICEF señala que “No basta reconocer un derecho, es necesario asegurar su satisfacción y crear institucionalidad que lo promueva, garantice y defienda.

El sistema judicial es uno de los dispositivos más relevantes para dotar a las personas de mecanismos formales para exigir la plena vigencia de estos nuevos derechos”

UNICEF. 2005. Ob. cit. pp. 1-2.

⁵⁵ UNICEF. 2011. “Cuadro Legislación Infancia Chile” [en línea] <<http://www.unicef.cl/pdf/CuadroLegislacionInfanciaChile1990-2011.pdf>> [consulta: 28 de Agosto de 2013]

i) Ley N° 19.585 (1998) Modifica el Código Civil⁵⁶ y otros cuerpos en materia de filiación. Su principal aporte, en materia de infancia y adolescencia, fue terminar con la distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales.

ii) Ley N° 19.620 (1999) Sobre adopción. Establece un sistema único de adopción, otorgando el estado civil de hijo al adoptado y pone fin a los vínculos de filiación de origen, salvo en lo relativo a impedimentos para contraer matrimonio.

iii) Ley N° 19.876 (2003). Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media.

iv) Ley N° 19.947 (2004) Nueva ley de matrimonio civil, que en materia de término del vínculo matrimonio o separación, permite a los cónyuges regular sus relaciones mutuas y con sus hijos, siempre considerando el interés superior del hijo o hija.

v) Ley N° 19.968 (2004) Ley que crea los tribunales de Familia, eliminando los antiguos juzgados de menores. Establece en el artículo 16, dentro los principios del procedimientos consagra el “Interés Superior del niño, niña o adolescente y el derecho a ser oído”. Y que en su última versión, modificada por la Ley N° 20.480 de 2010, regula procedimientos especial de aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que

⁵⁶ Entre esas reforma, consta la del título IX: De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos.

establece audiencias con el juez, las que pueden ser solicitadas por el mismo niño, niña y adolescente (artículos 69, 71, 72 y 79). Con fecha 10 de Enero de 2008, ingresa un proyecto de ley a la Cámara de Diputados que busca modificar la Ley 19.968 en lo relativo al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oído⁵⁷.

ix) Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

x) Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

xi) Ley N° 20.286 (2008) sobre Maltrato infantil, que modifica la Ley de Tribunales de Familia y el Código Civil⁵⁸ en la materia.

xii) Ley N° 20.280. Modifica el Código Civil en materia de cuidado personal y patria potestad. Estableciendo en forma expresa, en el artículo 224 de dicho código, el principio de corresponsabilidad parental⁵⁹, la posibilidad de que ambos padres tengan el cuidado personal del hijo en caso de acuerdo, y si no lo hay, deroga la norma supletoria que le otorgaba el cuidado personal a la madre

⁵⁷ Chile. 2008. Boletín N° 5665-18. [en línea] < http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5665-18> [consulta: 11 de Julio de 2013]

⁵⁸ Por ejemplo, establece el texto actual del inciso 1 del artículo 234 “Los padres tendrán la facultad de corregir a sus hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño” Chile. Código Civil. Última modificación: 21 de Junio de 2013 Ley 20.584 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>> [consulta: 5 de Abril de 2013]

⁵⁹ Que la Convención reconoce en el artículo 18.

y en su lugar establece que tendrá el cuidado personal el progenitor con el que conviva, pero el juez puede atribuirlo al otro progenitor, o radicarlo en uno si es que se ha acordado en forma conjunta, para ello, el juez de familia debe seguir los criterios que la ley señala, entre ellos, la opinión del niño (artículo 225-2 letra f). Establece la patria potestad por ambos padres en caso que no haya acuerdo de radicarla en uno de ellos.

Sin perjuicio de los avances mencionados, considero relevante hacer hincapié en el tardío desarrollo en la materia que ha tenido Chile. Mientras países vecinos ya han legislado sobre Leyes de Protección Integral⁶⁰ y Códigos de la Niñez⁶¹, vemos que en Chile aún no existe una Ley de Protección Integral de Derechos de la Infancia y Adolescencia.⁶² Ya UNICEF el año 2005 abogaba por la pronta aprobación del proyecto de ley de protección integral que en aquella época estaba en tramitación.⁶³ Considero que el retraso de Chile en esta materia ya ha sido suficiente, es necesaria una ley que dé un tratamiento

⁶⁰ Por ejemplo en Venezuela (2000), Argentina (2005), El Salvador (1993), Guatemala (2003) y México (2000).

⁶¹ Como en Bolivia (1999), Colombia (1990), Costa Rica (1998), Ecuador (2003), Honduras (1996), Nicaragua (1998), Paraguay (2000), Perú (2001), República Dominicana (2004) y Uruguay (2004)

⁶² Con fecha 30 de Abril de 2013 ingresó a discusión parlamentaria un proyecto de ley sobre la materia. Chile. 2013. Boletín 8911-18. [en línea] < http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9315&prmBL=8911-18 > [consulta: 28 de Agosto de 2013]

⁶³ UNICEF, 2005. Ob. cit. p. 24.

integral a los temas de infancia y adolescencia, que regule la aplicación de cada derecho y principio de forma transversal a todas las áreas en las que pueda verse involucrado un menor de edad, y que no dé lugar a interpretaciones sobre la forma en que debe aplicarse la Convención a un caso concreto, y en especial, que establezca mecanismos para hacer efectivos cada uno de los derechos que consagre y la institucionalidad adecuada para velar por ello, como podría ser una Defensoría de la Niñez y Adolescencia⁶⁴

1.3 Observación General Número 12: El Derecho del niño a ser escuchado.

Esta Observación General surge a partir de la celebración un de debate general en 2006 para discutir esta temática. El “objetivo principal de la Observación es apoyar a los Estados partes en la aplicación efectiva del artículo 12”⁶⁵De ella se pueden extraer elementos que nos permiten caracterizar la forma en que Naciones Unidas configura el derecho del niño a ser oído.

⁶⁴ En este sentido, considero necesario recordar las palabras escritas por Ferrajoli, en el prefacio al libro “Infancia, Ley y Democracia” y que caracteriza los desafíos que quedan enfrentar en la materia. Señala “Obviamente una buena legislación es solamente el primer paso – ni siquiera el más importante o el más difícil – en el camino de una efectiva defensa de los derechos de la infancia (...)

El problema más serio que se presenta hoy en materia de derecho de la infancia, es el de la efectividad de las leyes aprobadas (...)” FERRAJOLI, Luigui, en Prefacio del libro: BELOFF, M. y GARCÍA, E. (compiladores) 1998 “Infancia, Ley y Democracia en América Latina” Editorial Temis-Ediciones Depalma. Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires.

⁶⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. p. 8.

Debe ser entendido en *sentido amplio*, así, “El art. 12. 1 requiere una interpretación amplia, pues impone al Estado Parte garantizar, es decir, no sólo hacer posible, sino asegurar que el niño pueda expresar lo que tenga que decir sobre la situación concreta a estudio”⁶⁶. Es un derecho, en el sentido de que “para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación”⁶⁷ por lo tanto, el niño, niña o adolescente no puede ser obligado a expresar su opinión, bajo ningún pretexto. Este derecho es el de “expresar su opinión libremente”, por lo que no debe ser objeto de presiones al momento de expresar su opinión, ni al momento en que decide si expresarla o no. Es importante recalcar que expresa *su* opinión, “una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás”⁶⁸ Y el Comité de Naciones Unidas exige como condición para ello, que sea debidamente “informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones

⁶⁶ PÉREZ. Ob. cit. p. 252.

⁶⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob.cit. pr.16.

⁶⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 22.

claras por parte del niño”⁶⁹. Finalmente, señalar que debe comprender formas de expresión verbales y no verbales, actuando personalmente o representado.⁷⁰

Impone el deber correlativo de escuchar al niño, niña o adolescente, y “considerar debidamente su opinión”, pero no el de aceptar su decisión. Explica Pérez: “Se garantiza el derecho del niño a ser oído – *“teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño”*– ,esto quiere decir que tal opinión deberá tener un peso especial a la hora de adoptar decisión (...) mayor peso tendrá la opinión, hasta adquirir un carácter casi decisivo, dependiendo de la edad y madurez del niño”⁷¹ (sic) y agrega “el deber de tener en cuenta la opinión, impone un requisito especial en la fundamentación o motivación de las decisiones, pudiendo ser atacada una sentencia que no funda adecuadamente la aceptación o el rechazo de la opinión del niño para arribar a una solución”⁷² (sic)

La Observación también establece obligaciones básicas de los Estados partes, los que deben:

⁶⁹ Ibíd.

⁷⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 21.

⁷¹ PÉREZ. Ob. cit. p. 254.

⁷² Ibíd. p. 255.

- Revisar y retirar las declaraciones restrictivas y las reservas respecto del artículo 12.
- Establecer instituciones independientes de derechos humanos, como defensores del niño o comisionados con un amplio mandato en materia de derechos del niño;
- Impartir capacitación sobre el artículo 12 y su aplicación práctica para todos los profesionales que trabajen con niños y para los niños (...)
- Garantizar que haya las condiciones adecuadas para apoyar y estimular a los niños para que expresen sus opiniones, y asegurarse que estas opiniones se tengan debidamente en cuenta mediante normas y dispositivos que estén firmemente cimentados en las leyes y los códigos institucionales y sean evaluados periódicamente respecto de su eficacia.⁷³

También establece obligaciones concretas respecto de los procedimientos judiciales y administrativos: En el caso de divorcio y separación exige que se deba incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación, teniendo como criterio edad y madurez (no sólo edad); en caso de separación de los padres⁷⁴ y formas

⁷³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 49.

⁷⁴ En este sentido, el artículo 71 literal c) de la Ley de Tribunales de Familia, que considera la medida cautelar de ingreso, del niño, niña o adolescente, a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, establece que si la medida se toma sin la

sustitutivas de cuidado, exige que se tome en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior; finalmente en lo que respecta a adopción, señala que es de vital importancia que el niño sea escuchado, aún cuando él y sus padres adoptivos ya se conozcan, pues es un elemento fundamental para poder determinar el interés superior del niño, niña o adolescente.⁷⁵

1.3.1 Configuración del Derecho del niño a ser oído por Naciones Unidas.

Sólo queda complementar a lo ya mencionado, que Naciones Unidas considera el derecho del niño a ser oído como “uno de los cuatro principios generales de la Convención (...) lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”⁷⁶

Resulta importante identificar las dos variables de las que el artículo 12 de la Convención habla, por un lado, “el primer párrafo establece el derecho del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna. El segundo, hace una aplicación de la regla y organiza el derecho a ser escuchado en un

comparecencia del niño, niña o adolescente, el juez debe asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima.

⁷⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr, 50 – 56.

⁷⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. . 2009. Ob. cit. pr. 2.

proceso, judicial o administrativo”⁷⁷ Respecto de la primera vertiente, la Observación General Número 12, identifica la importancia de las opiniones que niños, niñas y adolescentes expresen, tanto para “adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación”⁷⁸

La segunda faz o caso específico, se vincula con el tema de estudio, al tratar el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en procedimientos judiciales y administrativos que les afecten. Para el Dr. Pérez Manrique, el artículo 12.2 de la Convención consagra el derecho a la oportunidad de ser oído, vinculándolo con el principio del derecho a la defensa material y en sentido más lato a ser partícipe del proceso y lo diferencia del derecho a participar en tales procedimientos, señalando que la Convención deriva a las normas de procedimiento a nivel nacional definir la forma y grado de participación, y que permite la participación ya sea personalmente o

⁷⁷ NEIRINCK, Claire. 1993. “Le droit de l’enfance après la convention des Nations Unies”, Delmas, Paris. En KEMELMAJER. Ob. cit. p. 162.

⁷⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 12. Al respecto, Naciones Unidas en la Observación General Número 12, señala que este derecho lo tiene tanto niño, niña y adolescente en forma individual, como en forma grupal.

Vale agregar que en Chile, en este sentido lato de expresar la opinión, SENAME realiza las encuestas “Mi Opinión Cuenta”, la quinta consulta nacional se realizó el año 2013, realizada a niños de educación básica, quienes votaron por el derecho que consideran más y menos respetado.

representado.⁷⁹ En este sentido, el derecho del niño a ser oído se vincula con el derecho a recurrir a la justicia, como ya se trató anteriormente.

Respecto del artículo 12.2 de la Convención, resta decir, que la autora Aída Kemelmajer se pregunta sobre la naturaleza de esta intervención, y asegura que no se trata de un acto parte, pues “el menor es libre de hacerse escuchar o quedar afuera del conflicto”, se trata de que el niño, niña o adolescente sea una “persona cuyos intereses puedan ser oportunamente considerados y evaluados” ni tampoco se trata de un medio de prueba.⁸⁰

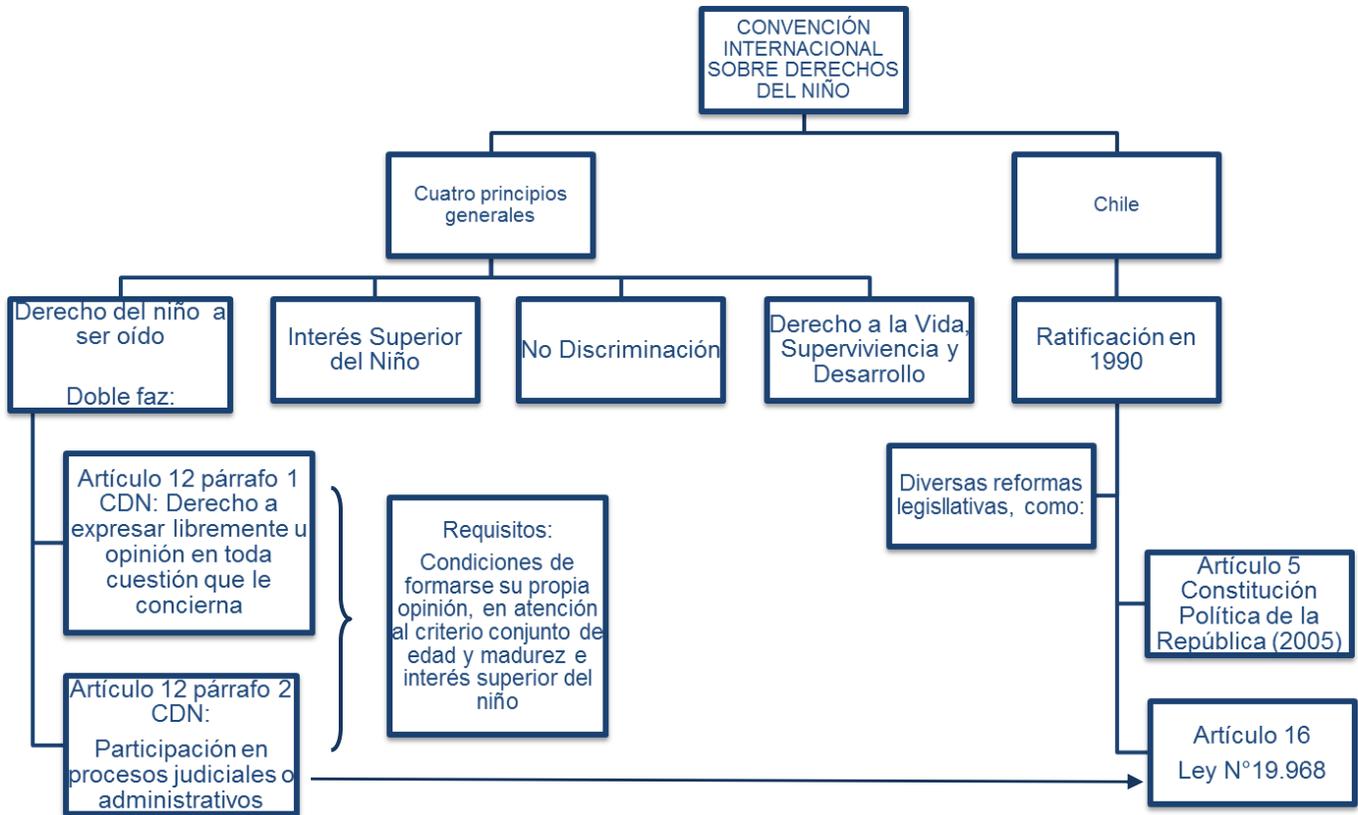
Por último la Convención establece requisitos para ejercicio de este derecho: Que el niño, niña y adolescente esté en condiciones de formarse su propia opinión, en atención al criterio conjunto de edad y madurez, y considero correcto incorporar también como criterio que limite el interés superior del niño, tanto como principio rector al momento de interpretar las condiciones anteriores, así como para la ponderación de otros elementos que puedan afectar al menor de edad.⁸¹

⁷⁹ PÉREZ. Ob. cit. pp. 252-254.

⁸⁰ KEMELMAJER. Ob. cit. pp. 172-173. Conuerdo con la autora en su opinión respecto de que “el menor no debe ser colocado en el centro del proceso; esa posición además de excesiva, sería francamente perjudicial para el menor; se trata, simplemente, de darle su lugar”

⁸¹ Opción que ha tomado la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente en Venezuela, y a la que hace mención DEL MORAL FERRER, Anabella J. 2007. “El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño”. EN Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Universidad Rafael Urdaneta. Vol. I, (Nº2). Venezuela. [en línea]

A continuación, se resume gráficamente lo expresado anteriormente con el objetivo de servir de guía para el lector:



Por lo tanto, para finalizar, considerar que Naciones Unidas en forma conjunta al reconocimiento del principio de autonomía progresiva e interés

<<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/cjv1n2/REVISTA%20CUESTIONES%20JUR%C3%8DDICAS%20VOL%201%20N%C2%B0%202%20-%20derecho.pdf>> [Consulta: 22 de Mayo de 2013]

superior del niño, recoge en la Convención sobre Derechos del Niño el derecho del niño a ser oído, al que también le da el carácter de principio general. De la regulación el artículo 12 de la Convención, vimos que se desprenden dos ramas de este derecho, la segunda, consagrada en el artículo 12.2 de la Convención es la que presenta mayor interés para el tema de este trabajo, la que ha sido reconocida como una manifestación del derecho a recurrir a la justicia en niños, niñas y adolescentes, sienta así un caso concreto del derecho del niño a ser oído, que regula la Convención de derechos del niño.

En el derecho interno, en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República, se concluye que los tratados internacionales sobre derechos humanos (como es el caso de la Convención sobre Derechos del Niño) gozan de rango constitucional. Por lo que, y en forma conjunta a la parte final del artículo 12.2 de la Convención⁸², cualquier regulación legal que se haga al respecto no debe restringir o limitar en forma arbitraria el ejercicio de ese derecho. En este sentido, si bien Chile ha implementado reformas legales para concordar su legislación con las exigencias internacionales descritas, y en caso particular del derecho del niño a ser oído se contempla como principio rector de los procedimientos de familia por la Ley de Tribunales de Familia (artículo 16 Ley 19.968) y además, en el Párrafo Primero del Título IV, De la aplicación judicial

⁸² 12. 2 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las **normas de procedimiento de la ley nacional**”

de medidas de Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se ha hecho cargo de los objetivos planteados tanto por la misma Convención, como por Observaciones Generales posteriores, en particular la Número 12, no es suficiente aún. Considero por los siguientes motivos:

- Ley de Protección Integral. Chile aún carece de una Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, legislación que sería de toda utilidad, para el tema en estudio, pues establecería líneas permanentes transversales para todo procedimiento judicial y administrativo en que un menor de edad se viera involucrado, así se aseguraría el efectivo respeto al derecho de niño a ser oído en cada procedimiento y por cada autoridad.⁸³

- Abogado. El niño, niña y adolescente, puede participar en un procedimiento judicial o administrativo, personalmente o representado. Considero que la mejor forma de representación del niño es por medio de un abogado que represente y exprese los intereses y objetivos de él y no los que considere adecuados para él como sucede con la figura del Curador ad Litem, que precisamente al ser una curaduría, parte de la base de que incapacidad del sujeto de discernir por sí.

- Regulación de las audiencias y recursos procesales. Específicamente en lo que respecta a la Ley de Tribunales de Familia, ésta no regula en forma especial cómo han de llevarse a cabo las audiencias con el niño, niña o

⁸³ UNICEF. 2005. Ob. cit. p. 31. UNICEF ve en la una Ley de Protección Integral un mecanismo para asegurar la vigencia y exigibilidad de los Derechos del Niño.

adolescente, sino que trata el tema tangencialmente al regular las audiencias propias de cada procedimiento. Además, no establece recursos procesales para impugnar una resolución por no ser oído el niño, niña y adolescente.⁸⁴

En mi opinión, la forma en que Naciones Unidas concibe el derecho del niño a ser oído, exige que en la legislación nacional se consagren los mecanismos que permitan ver a un sujeto pleno de derechos, activo en el ejercicio de ellos y en especial, en lo relativo a los procedimientos de familia, como un miembro con voz y opinión en la solución de los conflictos que al anterior de ella se generen. Es por ello que en los siguientes capítulos se estudian dos elementos igualmente relevantes en esta consideración: Legislación, en cuanto establece el “deber ser” relativo a los procesos ante tribunales de familia en los que deban participar niños, niñas y adolescentes; y Jurisprudencia, pues plasma la consideración en la práctica de este derecho de los niños, en especial teniendo presente que el juez es fruto de la situación social que en la vive, y por tanto, refleja una posición frente a determinado tema, en este caso, a la participación de niños, niñas y adolescentes en diversos conflictos que conocen en virtud de la competencia que les otorga la Ley N° 19.968.

⁸⁴ La LOPNA (Venezuela) Establece sanciones en caso que se viole el derecho a opinar en el curso de un procedimiento administrativo o judicial con multa de uno a tres meses de ingresos, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad del proceso, en los casos en que esto último proceda.

CAPÍTULO II:

EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LA LEY N° 19.968.

Este Capítulo tiene como pregunta directriz ¿Cómo la Ley N° 19.968 regula normativamente el Derecho del Niño a ser oído?, por lo tanto, el objetivo es analizar el marco regulatorio que la Ley 19.968 brinda al Derecho del Niño a ser oído.

En el apartado anterior se vio el Contenido del Derecho del Niño a ser oído en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Dentro de los temas tratados, se estableció la obligación de cada Estado ratificante de concordar su legislación interna con este nuevo instrumento internacional. En este marco, Chile inicia una serie de cambios legislativos, entre ellos, la modificación del antiguo procedimiento para conocer causas de familia y menores, por uno más acorde a las nuevas tendencias procesales, a los nuevos derechos y avances legislativos de fondo en la materia y, en particular, al reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como plenos sujetos de derechos en lo que al ejercicio de sus derechos fundamentales respecta.

El que, a continuación, se desarrolla se centra en la Ley 19.968, ley que crea los Tribunales de Familia, en lo relativo al derecho del niño a ser oído dentro de los procedimientos que esta regula. Analizando cómo esta ley regula

la forma en que los niños, niñas y adolescentes, que se vean afectados por la resolución del tribunal de familia son escuchados durante el procedimiento y cómo su opinión debe ser debidamente tomada en cuenta.

2.1 Ley N° 19.968 como respuesta a las exigencias internacionales.

El Comité de los Derechos del Niño, el año 2002, aprueba las observaciones finales al segundo informe periódico de Chile, presentado el año 1999. Dentro de los motivos de preocupación y recomendaciones se trata en los principios generales, el respeto de las opiniones del niño, señalando que:

“El Comité Observa con preocupación que, debido a las actitudes tradicionales y paternalistas que aún están muy extendidas en el país (...) no se les escucha ni se tiene debidamente en cuenta su opinión al adoptar decisiones que les atañen en el ámbito de la familia, la escuela, la comunidad y la vida social en general (...) el Comité recomienda al Estado Parte que adopte medidas para que se tengan en cuenta las opiniones de los niños, de conformidad con el concepto de evolución de sus facultades, en todos los asuntos que les atañen; en particular en los procedimientos judiciales y administrativos, e integre este principio en la nueva legislación (...)”⁸⁵

⁸⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2002. En UNICEF y OHCHR.2004. “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2004)”. Santiago, Chile. p. 124-125.

Vale decir que el Comité, en este tema, se refiere en especial al artículo 30 de la Ley de Menores, pues permite que el Juez de Letras de Menores adoptar las medidas que en el artículo 29 se señalan sin necesidad de llamar a su presencia al menor, artículo que mantiene su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, dada la expresa mención del numeral séptimo del artículo 8 de la Ley 19.968 “Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme el artículo 30 de la Ley de Menores”, son materia de conocimiento de los Tribunales de Familia, y por tanto, se rige por los principios del procedimiento que rigen a dichos órganos jurisdiccionales.

Paralelamente a este informe y a las observaciones presentadas, en Chile se trabajaba en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia desde 1997⁸⁶. Sin embargo, en el proyecto original presentado por el Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle a la Cámara de Diputados, no se contempla el derecho del niño a ser oído como principio formativo del proceso, pero sí en el procedimiento especial de “Aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de menores de edad”, sólo a los de 12 o 14 años según su madurez y a los mayores de esa edad, quienes serán citados a una audiencia preliminar y a la audiencia principal, en la forma y junto a las personas que en dicho proyecto se mencionan.⁸⁷ En el Boletín de indicaciones 2118-18 de 2003 se incorpora un artículo 16 bis que contempla como principio del procedimiento el “Interés Superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído”⁸⁸

Tema de discusión legislativa fue el criterio para que niños, niñas y adolescentes fueran escuchados. Había quienes consideraban que debía establecerse una edad sobre la cual escucharse a los niños, niñas y adolescentes y bajo ella no hacerlo. Mientras otros consideraban que, en virtud de la Convención, todo niño, niña y adolescente debía ser escuchado, por sí o

⁸⁶ En 1993, la Comisión Nacional de la Familia, empezó a detectar los problemas entorno a la justicia de Familia.

⁸⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. *“Historia de la ley 19.968 Crea los Tribunales de Familia”* [en línea] < http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19968&anio=2013> [consulta: 6 de Octubre de 2013] pp. 39 y 40.

⁸⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Ob. cit. p. 970.

representado. Tal discusión se dio especialmente respecto de la audiencia preliminar en el procedimiento especial “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores de edad”⁸⁹. Así, por tomar como ejemplo dos de las posiciones más contrapuestas, vemos:

“La Diputada señorita Saa, ateniéndose a la Convención sobre los Derechos del Niño, estimó que debería establecerse la obligación de escucharlos en términos generales, sin atender a si tuvieran más o menos de 14 años de edad.”⁹⁰

En otra posición “Las Diputadas señoras Guzmán y Soto creyeron necesario atender a la madurez del menor y dejar al juez la flexibilidad suficiente para resolver si escucha o no a los menores de 14 años. No creyeron que debiera establecerse la simple obligación de escucharlos a todos, no sólo por el problema del desarrollo psicológico del menor sino también por lo dificultoso que puede resultar para éstos estar frente a personas mayores, desconocidas,

⁸⁹ Finalmente en la ley quedó de la siguientes forma:

Título IV: Procedimientos Especiales.

Párrafo Primero De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes

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

⁹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Ob. cit. p. 355.

en un ambiente como el judicial, que no parece precisamente amable o confortable para un menor.”⁹¹

Sin embargo, el cambio legislativo en materia procesal de familia, no fue un cambio aislado ni en materia procesal, pues también se trabajaba en la reforma procesal penal⁹², ni en materia de familia, así “En nuestro derecho interno, la creación de los Tribunales de Familia se enmarca dentro de un proceso mucho más amplio de formulación de un nuevo derecho de familia. En los últimos años varias habían sido las modificaciones de fondo que a esta rama del derecho se practicaron...”⁹³ cuestión que, como los mismos autores explican “Esta falta de correspondencia entre aspectos sustantivos y los procesales del derecho de familia, logró generar un efecto perverso que restó eficacia a los cambios introducidos en el orden sustantivo...”⁹⁴. En el mismo orden de ideas, la profesora Susan Turner también advierte que este no fue un cambio único y propio del derecho procesal de familia, “...la creación de los Tribunales de Familia no constituye un proyecto aislado ni dentro del marco de las reformas procesales ni dentro del de las reformas del derecho de familia, contribuye, en mi opinión, a su análisis, desde que permite visualizarlos como el puente que

⁹¹ Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Ob. cit. p. 356.

⁹² Código Procesal Penal que fue publicado en el Diario Oficial el año 2000.

⁹³ BAEZA, G. y PÉREZ, J. 2008. “Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario” Segunda Edición. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. p. 3.

⁹⁴ BAEZA, G. y PÉREZ, J. Ob. cit. pp. 3-4.

lleva el nuevo Derecho de Familia a la práctica de los Tribunales” , en el mismo sentido el Mensaje Presidencial, señala: “La política de justicia del gobierno que presido se ha esmerado por encarar de manera sistemática y con sentido de Estado, ese grave desafío estratégico. El gobierno considera indispensable hacer frente a esas deficiencias de nuestro sistema de administración de justicia para favorecer, a la vez, el respeto de los derechos, por una parte, y la seguridad de las personas, por la otra; el respeto por el individuo, que es base de una sociedad democrática, por un lado; pero, al mismo tiempo, el fomento de un mínimo de virtudes comunitarias, indispensables para la prosecución de un proyecto nacional, por el otro.” Lo que nos lleva a decir, que en general, Chile vivía un momento de “modernización”⁹⁵ de su legislación, tanto sustantiva como procesal, haciéndola más acorde a los nuevos tiempos, a las necesidades de la gente (acceso a la justicia) y brindando eficacia a los nuevos derechos que se consagraban en el país, fruto de las nuevas obligaciones internacionales adquiridas. En especial, en lo relativo a la Ley 19.968, como explican Baeza y Pérez, encontraba una justificación en dar eficacia a las reformas de ley sustantiva en materia de familia.

A ello se suman una serie de deficiencias de la antigua justicia de familia, en este sentido, “...la justicia de menores poseía una inspiración conceptual y un

⁹⁵ En este sentido, el Mensaje del Presidente de la República que da inicio al proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia, expresa esta idea claramente “En el proyecto de tribunales de familia que ahora someto a vuestra consideración -y que, como se viene diciendo, forma parte de ese gran proyecto de modernización en el que los más diversos sectores del país han realizado persistentes y sistemáticos esfuerzos- se enlazan múltiples objetivos de política pública.” Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Ob. cit. p. 5.

diseño procedimental que no guardaba correspondencia ni con la naturaleza especial, compleja y sistémica del conflicto familiar, ni tampoco con las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos contempla en materia de niñez: considerar a los niños que se relacionan con el sistema jurisdiccional como sujetos de derechos, quienes deben ser oídos en un proceso interactivo, donde sus intereses sean especialmente considerados (...)”⁹⁶ Así, se caracterizaba por:

- Se advertía en el Mensaje presidencial del proyecto de ley “...diseño predominantemente adversarial del procedimiento judicial chileno; su extrema escrituración; la alta mediación que es posible advertir entre el juez llamado a proveer la decisión del conflicto y un conjunto de funcionarios no letrados del tribunales; y la alta discrecionalidad del procedimiento, especialmente en materia de niños y adolescentes...”⁹⁷

- Dos tribunales competentes para asuntos de una familia. Tribunales Civiles ordinarios tenían competencia, y los asuntos que involucraban “menores” conocían los Tribunales de Menores, por lo que había dos jueces conociendo de los distintos partes de un conflicto de familia, sin haber un actuar coherente en sus decisiones.

⁹⁶ BAEZA, G. y PÉREZ, J. Ob. cit. pp. 3-4.

⁹⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Ob. cit. pp.6- 7.

- Se informaba por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento "...legislación nacional contiene una regulación que no da cuenta de un tratamiento orgánico de los conflictos que afectan a la familia y la infancia."⁹⁸ Y explicaba que "Ello proviene de factores históricos, a saber, la carencia de tratamiento especializado de conflictos jurisdiccionales de la familia (contencioso familiar) y la asunción de una política tutelar (con confusión de vías entre lo proteccional y lo infraccional) para el tratamiento de los problemas de la infancia"⁹⁹

Finalmente, y con suma importancia, la reforma procesal de familia se debe a las obligaciones adquiridas por el Estado de Chile en materia de Derechos Humanos, en particular, derechos del niño, como hemos visto, impulsaron este cambio. Así lo explican Riveros y Cerda: "La justicia de familia y de menores que hoy se modifica, posee una inspiración conceptual y un diseño procedimental que no se condice ni con la especial naturaleza compleja y sistémica del conflicto familiar, ni con las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; por ello la necesidad de relevar la calidad de sujetos de derechos de los niños (as) en el sistema jurisdiccional, y la necesidad de que éstos sea oídos en un proceso interactivo, donde sus intereses sean

⁹⁸ BOLETÍN N° 2.118-18. SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. En Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Ob. cit. p. 1016.

⁹⁹ *Ibíd.*

especialmente considerados”¹⁰⁰. Así, dentro de los fundamentos generales de la Ley, se menciona en el Mensaje Presidencial: “Dotar a nuestro sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos para hacer frente a un especial tipo de contencioso, para el cual hoy, nuestro ordenamiento, carece de una respuesta específica: el de naturaleza familiar” y además que sea “socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflictos” y “Considerar a los niños que se relacionan con el sistema jurisdiccional, como sujetos de derechos que deben ser oído, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados”¹⁰¹

Por lo tanto, la Ley N° 19.968 fue un trabajo legislativo que se dio como consecuencia de las nuevas obligaciones internacionales adquiridas por nuestro país, entre ellas: La Convención sobre los Derechos del Niño y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que implicó un arduo proceso de “modernización” de la legislación nacional en diferentes áreas, junto a las deficiencias que ya se hacían evidentes del funcionamiento de los Juzgados de Menores en conjunto a los Tribunales Civiles ordinarios, en la resolución de los problemas de familia, que

¹⁰⁰ RIVEROS, A y CERDA, A. 2005. “Juzgados de Familia y Derechos Humanos”. En Anuario de Derechos Humanos 2005. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. p. 123. [en línea] < <http://www.cdh.uchile.cl/anuario1/11juzgados-familias.pdf>> [consulta: 9 de Octubre de 2013]

¹⁰¹ Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Ob. cit. p. 6.

especialmente en materia de derechos del niño eran muy llamativas, toda vez que implicaba un proceso básicamente tutelar, cuando ya desde 1990 Chile estaba en la obligación de una legislación de protección integral.¹⁰²

2.1.1 Objetivos Generales y Específicos de la ley.

En el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.968, se habla expresamente de los objetivos generales y específicos de la ley. Se mencionarán para luego evaluar si fue considerado entre ellos el respeto de los derechos de niños, niñas y adolescente dentro de estos procedimientos, además, se analizarán en forma más detalla el cumplimiento de los Objetivos Generales de la ley, como una forma de comprender el avance que esta ley ha implicado.

i) Objetivos Generales¹⁰³: En el Mensaje presidencial del proyecto de ley, se enfatiza en cuatro objetivos de política pública de justicia:

¹⁰² Considero relevante mencionar, que en atención especialmente a la nueva forma de plantear a la niñez y adolescencia por la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, y a que, como ya se mencionó, la Ley de Tribunales de Familia no fue un cambio único en nuestra legislación, sino que fue parte de un proceso de “modernización” de la misma. El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en boletín N° 2.118-18, antes citado, consideraba, en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, tres grandes proyectos para mejorar la deficiente legislación existente en el país: “... se puede apreciar que las normas sustantivas y orgánicas del régimen infraccional juvenil son tratadas en el proyecto de responsabilidad penal juvenil; las normas orgánicas de tribunales y de procedimiento proteccional de menores son tratadas en la ley de juzgados de familia y las normas sobre el sistema proteccional de menores son tratadas en la ley de protección de derechos de la infancia y la adolescencia”. (Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. BOLETÍN N° 2.118-18. Ob. cit. p. 1019) Dos de ellas ya están vigentes en nuestro ordenamiento, quedando pendiente la última.

¹⁰³ En base al Mensaje Presidencial Ley 19.968 Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Ob. Cit. pp. 6-9.

1. “Tender (...) hacia procedimientos que favorezcan la intermediación entre los justiciables y los jueces, instituyendo, en consonancia con el derecho comparado, un procedimiento que enfatice la oralidad por sobre la escritura. Ello favorecerá la publicidad y la imparcialidad del juicio jurisdiccional contribuyendo así, a aumentar su legitimidad”¹⁰⁴

En este aspecto, el procedimiento de familia desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968 es oral, específicamente, el artículo 10 de la ley consagra el principio de oralidad. Sólo algunas actuaciones son escritas, por ejemplo: incidentes promovidos fuera de audiencia (art. 26), interposición de recursos de apelación y casación (artículos 67 Número 3 y 6 correspondientemente) Además, conforme al artículo 12, las audiencias y diligencias de prueba siempre deberán realizarse en presencia del juez, prohibiendo la delegación de funciones, bajo sanción de nulidad. Y, en consonancia con el objetivo planteado, el artículo 15 consagra el principio de publicidad de las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal, y sólo excepcionalmente se podrá impedir el acceso u ordenar la salida de la sala donde se realiza la audiencia a personas determinadas o al público en general, así como para la realización de determinadas diligencias.

Si bien todos estos elementos, presentes como objetivos a cumplir de la ley, consagrados en ella, y llevados a la práctica desde 2005, tienden a un proceso

¹⁰⁴ Mensaje Presidencial Ley N° 19.968. Ob. cit. p. 7.

que da seguridad de imparcialidad, para parte de la doctrina esta imparcialidad se pone en riesgo por la facultad que tiene el juez de familia de pedir de oficio la rendición de elementos probatorios. Así, el inciso final del artículo 29 de la Ley 19.968, versa: “El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”¹⁰⁵

Tema que ha vuelto a la discusión en nuestro país por el proyecto del nuevo Código de Procesal Civil. En la materia, la doctrina no es unánime, por un lado Hunter, explica esta facultad del juez como un mecanismo para alcanzar la verdad del asunto, no para favorecer a una u otra parte¹⁰⁶. En el mismo sentido Núñez y Cortés creen que “en los procesos de familia, en los hay un interés público involucrado, dado por el correcto funcionamiento de la institución familiar, por razones de carácter práctico, el uso de tal facultad es justificado

¹⁰⁵ CHILE. Ley 19.968. 2004. Última versión de 18 de Diciembre de 2010. [en línea] <<http://bcn.cl/mt9>> [consulta: 15 de Octubre de 2013] Inciso final, artículo 29.

¹⁰⁶ Explica que Debe agregarse que la prueba aportada por el juez, lejos de buscar el beneficio de una de las partes, tiene un desinterés objetivo, no está destinada a convencerse sobre la factibilidad de la pretensión o resistencia –aunque ciertamente desencadene, por el principio de inexcusabilidad, a pronunciarse en uno u otro sentido–, sino que alcanzar, dentro de los estrictos términos en que las partes situaron el objeto de litigio, aquella verdad extraprocesal, a fin de importarla y convertirla en una verdad endoprocesal. La prueba, en virtud de la adquisición procesal, al margen de quien la rinda, pertenece siempre al proceso, por lo mismo, el juez que aporta prueba no lo hace para beneficiar a alguna de las partes” En HUNTER, Iván. 2007. “Poderes del Juez: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”. En: Revista de Derecho Vol. XX N°1. Valdivia, Chile. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 11 de Octubre de 2013] p. 217.

(...)¹⁰⁷ Sin embargo, y dentro del marco de discusión del proyecto de Código Procesal Civil, se ha dicho que “La no intervención del juez en la producción de la prueba, actividad que debe entregarse completamente a las partes, garantiza plenamente que el juez sea completamente imparcial, e independiente de las partes.”¹⁰⁸

2. “Acrecentar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente excluidos”¹⁰⁹

Para lograr este objetivo, se estableció en la ley N° 19.968 que las partes pueden comparecer personalmente y sin necesidad de abogado patrocinante, aunque ellos podían designar uno, o el juez si lo estimaba necesario también podía hacerlo. Sin embargo esto fue modificado por la Ley N° 20.286 de 2008, que entre otras reformas, estableció la asistencia letrada obligatoria. Reconociendo, la importancia que en la Ley N° 19.968 tenía esta característica como forma de lograr el acceso a la justicia de sectores más pobres y alejados de la justicia (sectores que precisamente eran y son, los que más recurren a estos tribunales): “Como es sabido, actualmente, la comparecencia en juicio se

¹⁰⁷ NÚÑEZ, René., CORTÉS, Mauricio. 2012. Derecho Procesal de Familia: La primera reforma procesal civil en Chile. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. p. 248.

¹⁰⁸ PINOCHET, Francisco. 2011. Informe con principales consideraciones críticas del proyecto de ley de nuevo código procesal civil. [en línea] <<http://www.ipdpchile.cl/wp-content/uploads/2012/07/Los-6-aspectos-cr%C3%ADticos-del-nuevo-CPC1.pdf>> [consulta: 11 de Octubre de 2013] p. 2.

¹⁰⁹ Mensaje Presidencial Ley N° 19.968. Ob. cit. p. 7.

realiza en forma personal, sin necesidad de mandatario judicial ni de abogado patrocinante, y sólo excepcionalmente el juez puede ordenar la representación letrada, especialmente en aquellos casos en que una de las partes cuente con asesoría de ese carácter”¹¹⁰ No deja de reconocer, a la vez, la serie de problemas que esto ha implicado a la justicia de familia, y se señala que:

“Sin una asistencia letrada, lejos de alcanzarse un acceso de calidad a la justicia, se permite que un gran número de problemas sin relevancia jurídica alguna, o fuera de la competencia de estos juzgados, integren su agenda sin haber pasado por filtro jurídico alguno. Asimismo, el natural desconocimiento por parte de los litigantes de aspectos tan trascendentales como la proposición de su pretensiones, la determinación del objeto del juicio, el establecimiento de los hechos a ser probados, el uso de herramientas procesales como la exclusión de pruebas y las convenciones probatorias, imposibilitan un desarrollo adecuado de sus demandas obligando a asumir a los propios jueces una labor asesora, más aun ante la realidad de un procedimiento que se vuelca a favor de un demandado que comparece con la asesoría experta de un abogado, lo que obviamente dificulta el ejercicio de la función jurisdiccional bajo la necesaria imparcialidad.”¹¹¹

Sin perjuicio de lo anterior, y como forma de no afectar el acceso a la justicia tan anhelado con la Ley N° 19.968, el actual artículo 18 de la Ley de Tribunales de Familia, junto con establecer la obligación de las partes de comparecer patrocinadas por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio, como

¹¹⁰ Mensaje Presidencial para iniciar proceso de tramitación Ley 20.286. Presidenta Michelle Bachelet. En Biblioteca del Congreso Nacional. 2008. “Historia de la Ley N° 20.286” [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20286&anio=2013> [consulta: 16 de Octubre de 2013] p. 10.

¹¹¹ Ibíd.

regla general, permite que ambas partes puedan ser patrocinadas y representadas en juicio por las Corporaciones de Asistencia Judicial.¹¹² Así, según estadísticas del año 2012 proporcionadas por Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, vemos que la mayoría de causas son llevadas a dicha Corporación, corresponde a temas de familia. En la siguiente tabla se ven claramente en cifras la proporción en relación a otras materias. Diferencia entre causas ingresadas a Orientación e Información (OI), a Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), a Sección Judicial y a Tribunales.

También distingue entre Causas Terminadas y Vigentes (a Diciembre de 2012)¹¹³

¹¹² 11) Reemplázase el artículo 18 por el siguiente:

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

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

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

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

La obligación señalada en el inciso primero no regirá tratándose de los procedimientos establecidos en el Título IV. En estos casos, las partes podrán comparecer y actuar sin necesidad de mandatario judicial ni de abogado patrocinante, salvo que el juez lo estime necesario."

CHILE. 2008. Ley N°20.286. [en línea] <<http://bcn.cl/vyy>> [consulta: 16 de Octubre de 2013]

¹¹³ Tabla obtenida de CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL METROPOLITANA. 2012. [en línea] <http://justiciateayuda.cl/wp-content/files_mf/bolet%C3%ADnannual201225.pdf> [consulta: 16 de Octubre de 2013]p.10

Tabla N° 8 Resumen de Casos por Competencia, acumulado de enero a diciembre 2012.

Competencia	Casos Ingresados a OI	Casos Ingresados a RAC	Casos Ingresados a Sección Judicial	Causas Ingresadas a Tribunales	Causas Terminadas	Causas Vigentes
Familia	141.520	3.636	51.821	49.844	49.528	20.728
Civil	55.902	2.890	9.954	8.663	8.944	13.726
Laboral	29.446	0	12.513	11.691	8.696	9.324
Lab. Antiguo	1.253	13	817	419	2.813	2.304
Penal	7.539	1.167	1.687	1.458	1.905	1.224
Otros	5.142	306	514	441	445	1.149
Total CAJ RM	240.802	8.012	77.306	72.516	72.331	48.455⁸

Para finalizar, agregar que según el mismo estudio, la caracterización de usuarios es “47,1% de quienes consultan en los Centros de Atención y Oficinas Especializadas presenta un ingreso per cápita de 6 UF o inferior; 19,2% dispone de un ingreso per cápita entre 6 UF y \$249.999 y 4,4% tiene un ingreso per cápita de \$250.000 o superior. Un 29,3% no contesta respecto de sus ingresos.”¹¹⁴, por lo que efectivamente, la asistencia que presta la Corporación Judicial, es de utilidad para aquellos sectores que alejados, normalmente, del trabajo con abogados.

3. “Instituir un órgano jurisdiccional que, en el futuro inmediato, y como lo reclaman múltiples instrumentos internacionales, pueda hacerse cargo del

¹¹⁴ Mensaje Presidencial Ley N° 19.968. Ob. cit. p. 7.

conocimiento de las infracciones juveniles a la ley penal, en conformidad a un procedimiento que satisfaga las garantías del debido proceso”¹¹⁵

En este sentido, la ley 19.968 contempla un procedimiento especial, para conocer de las faltas a la ley penal cometidas por adolescentes. En el párrafo Cuarto del Título IV, introducido por la ley N° 20.084 de 2005, “Procedimiento Contravencional ante los Tribunales de Familia”. Regula el procedimiento y sanciones aplicables, así como agrega que si la conducta ilícita es cometida por un niño, niña o adolescente, tendrá lugar lo preceptuado en el artículo 234 del Código Civil. En 2005, se publica en el Diario Oficial la ley de Responsabilidad Adolescente, que contempla los demás ilícitos cometidos por adolescentes.

4. “Instituir un procedimiento que confiera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar”¹¹⁶

En este sentido, el artículo 14 de Ley N° 19.968 consagra como principio del procedimiento el de Colaboración, en virtud del cual, tanto en el procedimiento como en la resolución del conflicto se propenderá a alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes y se privilegiará las soluciones que entre ellas acuerden. Responden a esta idea:

¹¹⁵ Ibíd.

¹¹⁶ Ibíd. pp.8-9.

- Conciliación. Expresamente, respecto del procedimiento de familia, la Ley 19.968 en el N°5 del artículo 61 señala “En la audiencia preparatoria se procederá a: 5) Promover, por parte del tribunal, la conciliación total o parcial, conforme a las bases que éste proponga a las partes”¹¹⁷
- Avenimiento. La ley de Tribunales de Familia lo regula en los artículos 104 y 54-2. Así, la primera, reconoce la posibilidad de las partes de designar de común acuerdo a una persona, fuera de un procedimiento de mediación, para ejerza entre ellas buenos oficios para alcanzar avenimientos. La segunda, faculta al juez en la etapa de recepción, para que conozca de los avenimientos y transacciones de las partes, y los apruebe si son conforme a derecho.
- Mediación. Regulado en el Título V de la Ley 19.968 y por la reforma de la Ley 20.286 son de mediación obligatoria: alimentos, relación directa y regular y cuidado personal. “Con ello se buscaba dar una oportunidad a las partes de resolver sus diferencias antes de sentarse frente a un juez y, de paso, descongestionar los atochados juzgados de familia, que durante los primeros años de la reforma se vieron superadas en su capacidad. Las estadísticas del Ministerio de Justicia indican que ambos objetivos se habrían ido cumpliendo, pues cerca de un 69% de las mediaciones – equivalente a poco más de 137 mil procesos – acabaron en acuerdo durante el último año. Sin embargo, aún no es

¹¹⁷ CHILE. Ley 19.968. Ob. cit. N°5, artículo 61.

posible hacer esta afirmación con certeza porque no existe información respecto del cuál es la tasa de “rebote” de estos arreglos.”¹¹⁸ Por último, hoy en la materia se estudia la posibilidad que pastores religiosos puedan formar parte del Registro de Mediadores (Boletín 9072-18, fecha de ingreso 26 de Agosto de 2013)

- Acuerdo Completo y Suficiente. La Ley de Matrimonio Civil contempla la posibilidad, en caso de separación y divorcio, que los cónyuges regulen sus relaciones mutuas y régimen patrimonial, así como en caso de haber hijos, el régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, por medio de un acuerdo completo (si regula las materias del artículo 21 de la misma ley: relaciones mutuas entre los cónyuges, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; si hubiere hijos deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado; respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables) y suficiente (conforme a los artículos 27 y 55 es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita) que deberá ser aprobado por el Tribunal.

¹¹⁸ El Mercurio Legal. 2013. Santiago, Chile. (Nº4) p. 34.

ii. Objetivos Específicos¹¹⁹:

1. “Que exista una jurisdicción especializada en asuntos de familia.”¹²⁰
2. “Que se proporcione a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas (...) apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar.”¹²¹
3. “Que esa jurisdicción tenga un carácter interdisciplinario.”¹²²
4. “Que atendida la naturaleza del conflicto familiar, el juez tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos.”¹²³
5. “Incorporación en esta judicatura de elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción sea lo más eficaz y eficiente posible.”¹²⁴

Como se puede ver, la reforma pretendía una nueva jurisdicción que conociera de las materias de familia de una manera más acorde a los nuevos

¹¹⁹ En base al Mensaje Presidencial Ley 19.968 Ob. Cit. pp. 9-10.

¹²⁰ Mensaje Presidencial Ley 19.968. Ob. cit. p. 9.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ Mensaje Presidencial Ley 19.968. Ob. cit. p. 10.

derechos que en la época se consagran a sus miembros, por ejemplo, por medio de la Ley de Matrimonio Civil de 2004, y en especial a los niños, niñas y adolescentes, que se consagraba ya desde la ratificación de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño por nuestro país.

En este sentido, la Ley que crea los Tribunales de Familia, reconoce el derecho de éstos a ser oídos, a que su interés superior sea consideración primordial por el juez al momento de resolver (artículo 16 Ley 19.968), privacidad en el procedimiento en caso de que existe peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, pero en especial, de niños, niñas y adolescentes (artículo 15 Ley 19.968), además el reconocimiento, también el artículo 16, de que “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”¹²⁵, objetivo que si bien no se consagra de esta forma dentro de los que el ejecutivo tenía en vista en el Mensaje al proyecto de ley, es relevante que esté consagrado en la misma ley. En el mismo orden de ideas, la ley contempla un procedimiento especial para conocer de la vulneración de los derechos de niñas, niñas y adolescentes, en el Título IV, párrafo Primero. Así como un procedimiento especial, en el Párrafo Cuarto del mismo título, para el caso en que un adolescente cometa una falta contenida en la legislación vigente (“Procedimiento Contravencional ante los Tribunales de Familia”)

¹²⁵ CHILE. Ley 19.969. Ob. cit. Inciso 1 artículo 16.

Se reconocen los derechos de cada miembro de la familia en el marco de la existencia de un conflicto familiar. Finalmente, sólo llamar la atención sobre la importancia de esta ley en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, pues a falta de una Ley Integral de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en Chile, por lo menos para el ámbito de los procedimientos que deben ser conocidos por los Tribunales de Familia, no cabe lugar a dudas del lugar que ocupan ellos en la resolución de los conflictos, y de la protección que les cabe a sus derechos, sin posibilidad de vulneración. Aunque, como se verá respecto del derecho a ser oído, se pueden realizar algunas críticas a esta ley, no por ello le resta importancia al avance que implicó en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.2 Tratamiento de la infancia y adolescencia en la ley.

Ya se mencionó, en los objetivos que perseguía la ley, que en el mensaje presidencial se contemplaba un tratamiento de sujetos de derechos de niños, niñas y adolescentes. Dejando así atrás los procedimientos paternalistas, frente a los “Tribunales de Menores”.

Pero no sólo se ha plasmado como parte de la discusión legislativa, sino que el artículo 16 de la Ley 19.968, consagra que esta ley tiene por objetivo garantizar, a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio nacional, el ejercicio, y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. Nótese que al reconocer el ejercicio de sus derechos, se hace cargo

de uno de los elementos fundamentales del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho: su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos.

Además, y como ya se ha dicho, en el inciso 2, el mismo artículo reconoce los otros dos elementos que completan la triada principal del niño como sujeto de derecho: interés superior del niño, niña o adolescente como consideración principal del tribunal de familia, así como su derecho a ser oído. Pues, “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula estrechamente y debe ser interpretado en consonancia con otros dos importantes principios consagrados en la CDN, constituyéndose en la práctica en elementos necesarios – sino indispensables – para su plena configuración en el caso concreto. Nos referimos al principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo tercero y el de la autonomía progresiva recogido en el artículo quinto (...)”¹²⁶ En el mismo sentido, Jaime Couso explica que el principio de autonomía progresiva importa una participación activa en el manejo de su propia vida, en el ejercicio o en decidir renunciar al ejercicio, de ciertos derechos. Respecto del interés superior del niño en relación con el derecho a ser oído, entiende que “Si el interés superior del niño consiste a menudo en la elección de aquél de los riesgos que parezca menos insoportable, entonces es fundamental entregar un papel relevante al afectado, cuya opinión acerca de cuál es el riesgo que le resulta más

¹²⁶ VARGAS, M. y CORREA, P. 2011. Ob. cit. p. 180.

insoportable y cuál está más dispuesto a tolerar no puede ser el último criterio a considerar.”¹²⁷

En el contexto de los procedimientos judiciales Riveros, siguiendo a Couso, considera que el interés superior del niño integra sus deseos y sentimientos, es por ello que “Todos estos intereses deben ser tomados en cuenta por los jueces, quien como tercero sensible se puede dar cuenta finalmente de los valores en juego, entendiendo que unos prevalecen sobre otros, pero siempre en atención de lo querido por el niño”¹²⁸ agrega luego que “Para integrar los intereses de los niños, niñas y adolescentes, debemos atender a la autonomía que progresivamente éstos van adquiriendo. La idea, es que decidan conforme a sus facultades, las formas de intervenir en su propia vida, a contrario sensu, que no por enarbolar la bandera de sus derechos, se le prive la posibilidad de decidir sobre sí mismos”¹²⁹ La autora explica dos elementos que considero importantes: i) Los procedimientos regulados por la Ley 19.968 tienen como principio rector, entre otros, el Interés Superior del niño, niña o adolescente (artículo 16 inciso 2 Ley 19.968) El juez a lo largo del procedimiento debe ir configurando este interés superior, conforme al cual debe fallar; dentro de los

¹²⁷ COUSO, Jaime. 2006. “El Niño como sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído”. En Revista de Derechos del Niño. (Números 3 y 4) Santiago, Chile. p. 150.

¹²⁸ RIVEROS, Francisca. 2010. “Cuidado personal, interés superior del niño y derecho a ser oído” [en línea] <CL/DOC/1365/2010> [consulta:11 de Agosto de 2014] p. 2

¹²⁹ *Ibíd.*

elementos a considerar, está la opinión del menor de edad. El niño, niña o adolescente no decide la controversia, esa es labor del juez, pero su opinión es un elemento que debe considerarse, pues dota de contenido al interés superior, pues es la misma persona que se afectada por el resultado del litigio (sea o no sea parte, conforme a la materia que se esté conociendo), quien tiene la posibilidad de manifestar su sentir al respecto, y no sólo eso, sino también tener una participación más activa idealmente, lo que se vincula con el derecho a acceder a la justicia. ii) Como se mencionó anteriormente, el menor de edad no da una solución a la controversia, no debe decidir, cuestión que únicamente compete el juez. Pero conforme va adquiriendo madurez y experiencia, su opinión podrá ser considerada con una mayor ponderación dentro del ejercicio que realice el magistrado en la resolución del asunto.

Respecto del derecho del niño a ser oído, concuerdo con lo que expresa la misma autora, quien considera que “El derecho de los niños a ser oídos, ha sido interpretado no sólo desde el punto de vista de éstos sean escuchados físicamente, sino que también éstos tengan acceso a la justicia. Esto quiere decir, que tengan acceso a abogados de niños, que sean capaces de representar los intereses de los mismos, presentar pruebas, y hacer las alegaciones pertinentes”¹³⁰ En la misma línea de argumentos, Fabiola Lathrop al preguntarse ¿qué implica el ser oído?, concluye que es más profundo que al

¹³⁰ Ibíd. p. 2

sola presentación del menor de edad ante el tribunal, y más importante que eso aún, pues “(...) no sólo significaría una simple escucha del niño, sino que implicaría que éste llegaría a ser parte en aquellos procesos judiciales en que se encuentre en discusión algunos de sus derechos.”¹³¹ También me parece importante la relación que hace la Excelentísima Corte Suprema entre interés superior del niño y derecho del niño a ser oído:

“Décimo: Que entre estos principios existe una verdadera relación de complemento, desde que el derecho a ser oído- de naturaleza procedimental- y el derecho sustantivo del interés superior del niño a su identidad, pretenden asegurar el respeto y goce efectivo de los derechos que se debaten en el proceso, quedando en evidencia la implicancia referida en el debido proceso, esta vez en el ámbito del derecho de familia.”¹³²

Por lo tanto, la Ley N° 19.968 consagra, de manera general, aplicable a todos los procedimientos que deben ser tramitados ante dicha jurisdicción, la calidad de sujeto de derechos a niños, niñas y adolescentes. Esto, es un avance importante para nuestro país en la materia, un gran paso para el efectivo cumplimiento de sus exigencias internacionales. Sin embargo, esta regulación, tan amplia, puede verse opacada por falta de regulación de ellas en

¹³¹ LATHROP, Fabiola. “El derecho del niño a ser oído” En MARTINIC, María Dora y SCHMIDT, Claudia (Directoras). 2004. “Instituciones de Derecho de Familia”. Lexis Nexis. Santiago, Chile. p. 153.

¹³² CORTE SUPREMA. 14. Octubre.2013. rol: 4068-13. [en línea] <www.microjuris.cl cita online: MJCH_MJJ36276 > [consulta: 21 de Agosto de 2014]

el marco del procedimiento. Lo que hace que cada juez lo considere de una manera distinta, conforme a sus criterios.

Para finalizar, considerar que esta forma de plantear a niños, niñas adolescentes ha implicado un cambio en su capacidad procesal en materias de familia. Efectivamente, como explican Núñez y Cortés, refiriéndose a niños y niñas "(...) cuenta, en ciertas situaciones, con una capacidad procesal limitada a ciertos supuestos, cuales son: a) en el procedimiento de aplicación judicial de protección a niños, niñas y adolescentes puede el mismo niño iniciar el procedimiento vía requerimiento (art. 70.1 LTF). Hecho lo anterior, el juez debería nombrarle un *curador ad litem* (...); b) en los procesos que les afectan participan (...) ¹³³" Sobre los adolescentes, ellos "...cuentan con toda la extensión de capacidad procesal conferida a los niños y niñas, por lo que se da reproducido lo dicho en el apartado anterior, destacando que, dada su capacidad de formarse un juicio propio, la regla general va a ser que se le deba garantizar la oportunidad para ser oído."¹³⁴

¹³³ NÚÑEZ, R. Y CORTÉS, M. Ob. cit. p. 130.

¹³⁴ *Ibíd.* p 131.

2.2. Oportunidad, forma, criterio, condiciones para que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados.

El inciso 2 del artículo 16 de la Ley 19.968 versa “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”¹³⁵. Así, en todos los procedimientos ante los tribunales de familia, en juez deberá resolver teniendo como consideración principal el interés superior del niño, y la opinión expresada por él. Conforme explican Núñez y Cortés “El requisito se satisface con el conferirles oportunidades reales de ser oídos. Para esto, se le debe notificar en términos entendibles.”¹³⁶ Agregan que “En consecuencia, procesalmente resulta claro que el llamarlos al proceso y oírlos (si esto último es posible) es un trámite o diligencia esencial, por lo que su omisión podría invalidar la eventual sentencia definitiva por la vía del recurso de casación en la forma”¹³⁷ En el mismo sentido, Francisca Riveros “(...) el derecho del niño a ser oído es un requisito de procesabilidad establecido en un instrumento internacional que ha sido incorporado a nuestro ordenamiento interno y, por lo tanto, ante su ausencia,

¹³⁵ CHILE. Ley 19.968. Ob. cit. Inciso 2 artículo 16.

¹³⁶ NÚÑEZ, R. y CORTÉS, M. Ob. cit. p. 141.

¹³⁷ *Ibíd.*

hacer procedente el recurso de casación en la forma.”¹³⁸ Considero importante recordar que para el niño participar es un derecho y no una obligación, y que en atención a la autonomía progresiva en el ejercicio de éstos, puede decidir no ejercer su derecho a ser oído en el procedimiento, lo que será válido siempre que conste que el niño ha sido debidamente informado de su derecho y las consecuencias tanto de su participación como de su no participación. En tal caso, debe plasmarse en la resolución judicial.¹³⁹

El literal b, del artículo 5 de la misma ley, regula dentro de las funciones del Consejo Técnico, la de asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del menor de edad. Considerando que, como señala la Observación General Número 12, el niño, niña y adolescente, puede ser escuchado personalmente o representado, el tribunal cuando lo considere pertinente, podrá conocer dicha opinión, por medio de un informe y declaración del Consejo Técnico. El artículo 69 se refiere al derecho del niño a ser oído dentro del marco del procedimiento de “Aplicación Judicial de Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas o Adolescentes”; el artículo 105 letra e, para el

¹³⁸ RIVEROS. Ob. cit. p. 2.

¹³⁹ N del A. Lo mismo si es que en atención al Interés Superior del Niño, el tribunal he decidido que resulta vulneratorio el ejercicio de este derecho. Todo lo mencionado, considero, se vería perfeccionado si es que niños, niñas y adolescentes pudieran contar con asistencia letrada durante el procedimiento, abogado que tendrá la función de informar al niño, así como representar sus intereses frente al sistema judicial, con ello se restaría el carácter paternalista de los procedimientos actuales y la forma en que se da la participación de los menores de edad.

caso de la mediación, donde es facultativo para el mediador, citarlos, ello sólo si se presencia es estrictamente indispensable.

Por lo tanto, niños, niñas o adolescentes pueden ser oídos de las siguientes formas:

a) Directamente por el o la magistrado. A través de entrevista reservada, que “(...) corresponde a comprender, por un lado, que esta actuación procesal es en sí misma un tipo de entrevista especial, diferenciándose de otras, principalmente de aquellas propias del ámbito psicojurídico como son las entrevistas periciales, a pesar de que existan elementos y/u objetivos específicos comunes.”¹⁴⁰

b) En forma indirecta: Informe del Consejo Técnico.

A continuación se analizará la oportunidad, dentro del procedimiento, para que el niño, niña y adolescente sea oído.

i) Oportunidad y forma para que el niño, niña o adolescente sean oídos por el Tribunal.

Núñez y Cortés explican que “La oportunidad procesal precisa para oír al niño no está prevista en ninguna ley, ni el número de veces que ello deba ocurrir. Ambas cosas deberán ser determinadas por los jueces en los casos

¹⁴⁰ PUYOL, Carolina y TRONCOSO, María. 2014. “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia: una aproximación psicojurídica”. En PRAXIS. Revista de Psicología Año 16, N° 25 (89-105), I Sem. 2014. [en línea] <<http://www.praxis.udp.cl/pdf/25/Praxis25-06.pdf>> [consulta: 9 de Diciembre de 2014] p. 95

concretos, cuidando que la garantía sea efectiva, para no burlar al ordenamiento jurídico”¹⁴¹. En el mismo sentido Gloria Baeza y Jaime Pérez señalan que:

“A pesar de los avances logrados mediante la consagración de este principio formativo del procedimiento ante los Tribunales de Familia, no existe norma que determine la forma en que deba procederse al ejercicio de este derecho ni que imponga de un modo expreso el deber del juez de escuchar al niño en todos los procedimientos en que puedan verse involucrados sus derechos (...) dejando actualmente un amplio ámbito de discreción al juez, en cuanto a la forma cómo ha de ser oído”¹⁴²

Como se ve, no hay regulación de audiencias, forma, lugar, duración, de la entrevista con el niño, niña o adolescente en la Ley 19.968, lo que quedaría por tanto, a cargo del Juez determinar. Velando siempre por el interés superior del niño en el procedimiento y el hecho de que sea efectivamente oído. El poder legislativo se ha dado cuenta de esta falencia, y en Boletín N° 5665-18 se propone por moción modificaciones a la Ley N° 19.968 en lo que respecta al derecho del niño a ser oído, proyecto que es estudiado en sus propuestas más adelante. Por ahora, sólo mostrar el interés de los parlamentarios, al expresar en la moción:

“(…) sin embargo, nuestra ley, no obstante consagrar el derecho del niño a ser oído, como uno de los principios del procedimiento sólo regula

¹⁴¹ NÚÑEZ, R. y CORTÉS, M. Ob. cit. p. 141.

¹⁴² BAEZA, G. y PÉREZ, J. Ob. cit. p. 56.

la manera como ha de hacerse efectivo este derecho en un procedimiento especial (...) Pero no considera la ley expresamente el ejercicio de este derecho, ni el deber del juez de escuchar al niño, en los demás procedimientos que pueden involucrar sus derechos, y la norma del artículo 69 recién citada no es aplicable por analogía a ellos, por tratarse precisamente de un procedimiento especial.”¹⁴³

A partir de la entrevista realizada al abogado Juan Francisco Pinochet, que se acompaña en el apéndice de esta memoria, sostiene que suele solicitar ellos como medio de prueba la “audiencia reservada” con el niño. Hay magistrados que lo niegan como medio de prueba, y lo declaran de oficio, y otros lo acogen como medio de prueba ofrecido en la Audiencia Preparatoria. Respecto de la oportunidad, se suele hacer al inicio de la Audiencia de Juicio. Esto, lo señala a partir de la experiencia ha tenido tanto en la FALF Pudahuel como en su estudio privado.

La ley regula con mayor detalle en las siguientes situaciones:

- La declaración del niño, niña o adolescente en su calidad de testigo (Artículo 41 Ley 19.968) Si bien no es expresión del ejercicio del derecho del niño a ser oído, ya que en este caso tiene la calidad procesal de testigo. Sí, reconoce la facultad que tienen de ser testigos de un procedimiento, y este artículo regula la forma en que deberán ser interrogados: sólo pueden ser interrogados por el juez, por lo que las partes deben dirigir sus preguntas por su intermedio al menor de edad. En forma excepcional, se admite la interrogación

¹⁴³ CHILE. 2008. BOLETÍN N° 5665-18. Ob. cit. p. 2.

directa ello cuando el juez considere que, por su grado de madurez, ello no afecta a su persona.

- Comparecencia del niño, niña o adolescente en el marco del procedimiento especial “De la aplicación judicial de medidas de protección de los niños, niñas o adolescentes” (artículos 69, 72 y 73 Ley N° 19.968). De esta regulación se desprende que en este procedimiento, el juez debe tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez, dice el artículo 69, además señala la oportunidad para escucharlos: en las audiencias de los artículos 72 (audiencia preparatoria), 73 (audiencia de juicio) o en otra especial fijada para tal efecto. Finalmente, agrega que esto se deberá hacer en un ambiente adecuado, cuidando la integridad física y psíquica del niño, niña o adolescente. Como se ve, es una regulación más exhaustiva, toca varios aspectos que no son considerados para el procedimiento ordinario. Este trabajo más acucioso se agradece en este apartado, pues se trata de procedimientos en los que niños, niñas y adolescentes son víctimas de la vulneración de sus derechos. Sin embargo, considero relevante una regulación del mismo tipo, o incluso más profundizada, considerando por ejemplo el tiempo de duración y forma en que se desarrollará esa audiencia, quienes podrán estar en ella, entre otros tópicos, que tuviere un carácter general, aplicable a todo procedimiento que fuere substanciado ante los Tribunales de Familia.

- Principios de la Mediación. (Artículo 105 letra e Ley 19.968) Durante el desarrollo de la mediación, el mediador debe velar por el cumplimiento de ciertos principios, entre ellos el de interés superior del niño, para tales efectos puede (no debe) citarlos sólo si su presencia es estrictamente necesaria. Vargas y Correa, al tratar los factores que incluyen en la participación del niño, niña o adolescente en el procedimiento ante los tribunales de familia, tratan la forma de término del caso, al hablar sobre la mediación, por medio de su investigación, explican que “Los mediadores entrevistados señalan que – por distintas razones – escuchan a los niños en menor proporción de lo que quisieran, pero consideran fundamental conocer su opinión y transmitirla (“devolverla”) luego a los padres o adultos significativos, para que tomen una decisión que considere los intereses y necesidades de los niños involucrados”¹⁴⁴

- Personalmente o Representado. Se recomienda por el Comité de Derechos del Niño, que se prefiera la forma directa o personal para escuchar al niño. Explica que “El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgos de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio

¹⁴⁴ VARGAS, M. y CORREA, P. 2011. Ob. cit.. p. 197. Agregan que “a juicio de un mediador, la escasa escucha a los niños obedece a dos grandes factores: Por una parte, a los desincentivos que genera la forma de pago del sistema licitado por el Estado (...) y, por otro, la falta de herramientas de los mediadores”

(progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones.”¹⁴⁵ La ley 19.968, respecto de la representación, la entrega primero a quien corresponde legalmente esta, es decir: sus progenitores, específicamente, el padre y/o madre que tenga la patria potestad, o la persona designada por el tribunal con tal facultad. Pero, señala el artículo 19 de la ley, si los intereses del niño, niña o adolescente son independientes o contradictorios con los de quien debe representarlo, el tribunal designará un Curador ad Litem.

En atención a la Convención de Derechos del Niño, el niño, niña o adolescente debe ser instado, primero, a actuar personalmente en lo que respecta a dar su opinión en el procedimiento. El mecanismo utilizado para ello es la denominada “Audiencia Reservada”, en que el o la magistrado mantiene una conversación directa con el menor de edad. Como bien explican las autoras Puyol y Troncoso, “(...) el carácter de reservado o no de dicha audiencia no corresponde entonces a un capricho, sino que apela a uno de los aspectos fundamentales del fenómeno de victimización secundaria, toda vez que la información que en dicha actuación judicial se desarrolla comprende aspectos de la intimidad y vida personal de dichos niños/as y adolescentes. Por lo cual, el

¹⁴⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. pr. 36.

no otorgar un espacio de intimidad y protección, favorecería dicho fenómeno”¹⁴⁶

Por lo tanto, la audiencia reservada, debe realizarse de esta forma para evitar la vulneración de otros derechos fundamentales del menor de edad, como intimidad y vida personal, además, al ser un elemento que sólo el Juez debe ponderar, no se justificaría la intervención de las partes a través de sus abogados en ella, pues no se trata de un medio de prueba, sino del ejercicio de un derecho que la ley consagra para determinadas personas. Además, considero ideal que el lugar donde se realizara, no fuese en la sala del tribunal, sino en un medio más idóneo para niños, niñas y adolescentes, que le permita el ambiente de confianza que necesita para expresarse, y que deje de lado los roles de cada uno: por un lado el juez, ya no es una figura de autoridad, y el menor de edad, no es interrogado por él.

Si no puede hacerse de esta forma¹⁴⁷, se recurrirá a la representación, por medio de quien tenga la patria potestad (padre y/o madre); de quien tenga conocimientos para ello como un miembro del Consejo Técnico que se haya entrevista con él; o, en caso que sus intereses corran riesgo de no ser

¹⁴⁶ • PUYOL, Carolina y TRONCOSO, María. 2014. “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia: una aproximación psicojurídica”. En PRAXIS. Revista de Psicología Año 16, N° 25 (89-105), I Sem. 2014. [en línea] <<http://www.praxis.udp.cl/pdf/25/Praxis25-06.pdf>> [consulta: 9 de Diciembre de 2014] p. 101.

¹⁴⁷ N. del A. Como si para el niño resultara perjudicial enfrentarse a dicha situación (interés superior), y en todo caso teniendo presente que, ser oído, es para el niño, un derecho y no una obligación.

debidamente representados en el procedimiento, por medio de un “Curador ad Litem”.

Las autoras Vargas y Correa, a partir de su estudio, concluyen que en la práctica la participación de los niños parece reducirse a: 1) Audiencia Reservada, audiencia confidencial o audiencia especial con niños “...se efectúa por una sola vez en forma aislada y no habilita al niño a realizar ningún tipo de gestión en el proceso, como por ejemplo, presentar pruebas, impugnar resoluciones (...)”¹⁴⁸ agregan que “...se escucha a los niños con ocasión de la audiencia preparatoria o de juicio, antes o durante su realización y en un breve lapso de tiempo (10 a 15 minutos) (...)se realiza principalmente en la sala de audiencia, en un ambiente formal y solemne (...)”¹⁴⁹ Además, explican que muchas veces se da una relación vertical entre el juez y el niño, lo que impide que éste se exprese libremente, y son pocas las veces en las que verdaderamente se alcanza un diálogo, permitiendo al niño ser oído. Finalmente, previenen que no suele considerarse en los fallos esta conversación y la opinión que el niño ha manifestado en ella. 2) Peritajes e informes diagnósticos. “Se trata, sin duda, de una “voz mediada” por terceros, pues el profesional traduce o interpreta lo que los niños dicen, piensan o

¹⁴⁸ VARGAS, M. y CORREA, P. 2011. Ob. cit. pp. 187-188.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

quieren”¹⁵⁰ 3) El curador ad litem “...opera -aunque con bajísima incidencia- (...) principalmente en casos de vulneración de derechos.”¹⁵¹ Y 4) La “no participación”. “...aquellas situaciones en las que la voz del niño no se recupera ni en forma directa ni a través de la audiencia reservada ni en forma indirecta por medio de peritajes (...) casos en que los adultos hablan “en nombre” del niño, interpretan sus deseos, intereses, temores y expectativas”¹⁵²

ii) Criterios para determinar que un niño, niña y adolescente sea o no oído.

Como explica O’Donnell “...el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”¹⁵³ Respecto a las condiciones

¹⁵⁰ VARGAS, M. y CORREA, P. Ob. cit. p. 192.

¹⁵¹ VARGAS, M. y CORREA, P. Ob. cit. p. 193.

¹⁵² Ibíd. p. 194.

¹⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Opinión Consultiva OC-17 de 2002” En O’DONNELL, D., UPRIMY, I. y VALENCIA, A. 2003. “Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional: Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho Penal Internacional”. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, Colombia. p. 496.

específicas del niño, niña y adolescente, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la expresión “Que esté en condiciones de formarse su propia opinión”, que utiliza la Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 12, implica que “es una obligación para los Estados partes evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Esto significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones (...)”¹⁵⁴ Agrega, enfatizando, que “...el artículo 12 no impone ningún límite de edad (...)”¹⁵⁵ Como ya se ha mencionado, durante la discusión legislativa hubo un grupo de parlamentarios que estaba de acuerdo con establecer una edad mínima para escuchar a los niños, sin embargo, en el texto primó la idea de considerar conjuntamente edad y madurez, sin establecer una edad fija. Por lo que el artículo 16 que consagra el derecho del niño a ser oído como principio formativo del procedimiento al no mencionar edad, y considerando que debe interpretarse en conjunto con la Convención sobre Derechos del Niño nos lleva al criterio de edad y madurez para determinante. Expresamente para el procedimiento especial de aplicación de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, la ley dice “considerando su edad y madurez”.¹⁵⁶ En todo caso, lo anterior es siempre

¹⁵⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 20.

¹⁵⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 21.

¹⁵⁶ CHILE. Ley 19.968. Ob. cit. Artículo 69. En el mismo sentido, el artículo 85 de la Ley de Matrimonio Civil sobre la tramitación de la separación judicial, nulidad del matrimonio y divorcio

velando por el interés superior del niño, que en este caso tiene un doble rol: por un lado, la opinión del niño, niña o adolescente lo dotan de contenido, es decir, permite determinar lo que es conforme al máximo desarrollo de sus derechos; pero a la vez es criterio para determinar cuándo para un niño puede ser perjudicial participar personalmente dentro del proceso, y si es más conveniente que se conozca su opinión por medio de terceros, como por un informe del Consejo Técnico.

En este sentido considero que se debe partir de la premisa, como dice la Observación General Número 12, que todo niño, niña o adolescente debe ser oído en aquellos procedimientos judiciales en que se decidan asuntos que le afecten. Por lo tanto, las circunstancias de edad, madurez e interés superior que el tribunal considere para limitar este ejercicio, deben estar especialmente justificadas por él, pues el artículo 16 de la Ley 19.968 le da un carácter imperativo, esencial, cuando dice que “(...) el juez debe familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”¹⁵⁷ existiendo la posibilidad de recurrir de Casación en la Forma,

dice “Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.” En CHILE. Ley 19.947. Última versión de 21 de Junio de 2013 [en línea] <<http://bcn.cl/1dphg>> [Consulta: 26 de Octubre de 2013]

¹⁵⁷ CHILE, Ley 19,968. Ob. cit. Inciso 2, Artículo 16.

como ya se mencionó¹⁵⁸, una sentencia del tribunal de familia, en caso que parezca ser una limitación de este derecho injustificada, existiendo por tanto un vicio en la substanciación del procedimiento. La justificación que realice el juez al momento de limitar el ejercicio de este derecho, sobre la forma en que será oído en su caso el menor de edad (personalmente o representado) es, a mi parecer, lo que marca la diferencia entre un procedimiento que considera a niños, niñas y adolescente como sujetos de derechos, y uno que disfraz a través y sobretodo del interés superior del niño, medidas paternalistas.

En síntesis, los criterios que debe considerar el tribunal, para determinar si un niño, niña o adolescente va ser oído o no, o la forma, personalmente o representado, en que se hará, son:

- Edad y Madurez en forma conjunta. Por “madurez”, el Comité de los Derechos del Niño, ha entendido que corresponde a “...la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Anteriormente se tomó la cita de los autores Núñez y Cortés que explican que se puede recurrir una sentencia dictada por un Tribunal de Familia, en la que no haya sido oído un niño, niña o adolescente, por Recurso de Casación en la Forma (recurso que procede conforme a las causales del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el literal b, del numeral 5 del artículo 67 de la Ley 19.968, por lo que sólo debe fundarse en las causales 1°, 2°, 4°, 6°, 7° y 9° del artículo 768 ya mencionado) y ejemplifican con el caso Rol 1565-2005 de CA de La Serena. En NÚÑEZ. R. y CORTÉS, M. Ob. cit. p. 141.

¹⁵⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 30.

- Que pueda formarse un juicio propio¹⁶⁰. Elemento que la profesora Lathrop explica “Desde lo psicológico, juicio propio sería un juicio de realidad; en lo jurídico resulta un término difuso que tiene que ver con su edad y madurez, por lo tanto, debe ser escuchado cuando haya alcanzado una edad en la que pueda pensarse, con cierto fundamento, que está expresando una idea propia”¹⁶¹
- Interés Superior del Niño. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos (...)”¹⁶²
- Que pueda verse afectado por la resolución del Tribunal, “...se erija en hecho constitutivo, modificativo o extintivo de otra relación jurídica de la que el niño es titular.”¹⁶³ No requiere que le afecte directamente (como en los casos en

¹⁶⁰ Requisito que se desprende del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño.

¹⁶¹ LATHROP, Fabiola. “El derecho del niño a ser oído”. Ob. cit. p. 149.

¹⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión Consultiva OC 17/2002 sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> [Consulta: 5 de Agosto de 2014] p. 75. pr. 102.

¹⁶³ NÚÑEZ, R. y CORTÉS, M. Ob. cit. p. 130.

que la víctima es un menor de edad), sino que es más amplio, que le afecte, como por ejemplo: cuidado personal, relación directa y regular, autorización para salir del país, entre otros.

Sin perjuicio de lo mencionado, es importante tener presente que en la práctica, como nos muestran las autoras Vargas y Correa, “(...) Los resultados muestran que el criterio predominante tiende a ser la edad, más que una combinación edad y madurez, como postulan los expertos”¹⁶⁴ Así, determinan que “La escucha se sitúa desde los 6 ó 7 años en adelante y, a juzgar por los audios, con una fuerte presencia de niños de entre 10 a 14 años”¹⁶⁵

iii) Condiciones para que el niño, niña o adolescente exprese su opinión.

El Comité de Derechos del Niño en la Observación General Número 12, “recomienda a los Estados partes integren esos principios en todas las medidas legislativas y de otro orden para la aplicación del artículo 12.”¹⁶⁶ Se refiere a las condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado,

¹⁶⁴ VARGAS, M. y CORREA, P. Ob. cit. p. 195.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.. 2009. Ob. cit. pr. 133.

señalando que los procesos en que sea oído un niño, niña o adolescentes, individualmente o en un grupo, deben ser¹⁶⁷:

1. Transparentes e Informativos. Se les debe informar sobre su derecho a expresar su opinión, a que esta sea debidamente tomada en cuenta, sobre el modo que esta participación tendrá lugar y su alcance. Ello conforme a la edad del niño, niña o adolescente.

2. Voluntarios. Se les debe informar que para ellos dar su opinión es un acto voluntario; no se encuentran, bajo ninguna circunstancia, obligados a ello.

3. Respetuosos. Los adultos que trabajan con y para niños, deben ser respetuosos de las opiniones que ellos den, y de las oportunidades que tengan de iniciar ideas y actividades.

4. Pertinentes. Las cuestiones respecto de las cuales los niños tienen derecho a opinar, deben tener pertinencia auténtica en sus vidas.

5. Adaptados para niños. Tanto los ambientes como los métodos de trabajo. Se debe poner el tiempo y recursos necesarios para que los niños se preparen en forma apropiada, teniendo así la confianza y oportunidad para aportar sus opiniones.

6. Incluyentes. Se deben evitar pautas existentes de discriminación, dando iguales oportunidades para que los niños expresen sus opiniones.

¹⁶⁷ Condiciones mencionadas y explicadas en: COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 134.

7. Apoyados en la formación. Los adultos deben tener preparación, conocimientos prácticos y apoyo que faciliten efectivamente la participación de los niños.

8. Seguros y atentos al riesgo. En casos, puede ser que la expresión de sus opiniones implica un riesgo para el niño, niña y adolescente, por lo que es responsabilidad de los adultos, respecto de los niños con los que trabajan, de tomar todas las precauciones para reducir cualquier consecuencia negativa de su participación.

9. Responsables. Debe existir compromiso respecto del seguimiento y la evaluación. Los niños tienen derecho a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado.

En el mismo sentido anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC17/2002, ha establecido que “La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con

todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño.”¹⁶⁸

Además de estas condiciones del procedimiento (entendido en términos generales, como aplicables a cualquier procedimiento en el que deba ser oído un menor de edad), hay condiciones materiales: lugar físico. La Ley N° 19.968 no regula las condiciones en las que se debe escuchar a niños, niñas y adolescentes. Como ya se mencionó, sólo en algunos casos la ley regula más exhaustivamente el ejercicio de este derecho, y esta materia no ha sido abordada con el grado de profundidad que se requiere, en especial, para dar cumplimiento a los elementos ya mencionados, y que ello no quede sólo a discreción judicial. Aunque en virtud del interés superior del niño, principio rector de los procedimientos ante los Tribunales de Familia, podríamos decir que debe darse en un contexto apropiado a su edad, que sea lo menos traumático y que el niño sienta confianza y protección.

Así, para mejorar las condiciones en las que los niños, niñas y adolescentes son oídos en el marco de un procedimiento ante los Tribunales de Familia, se han empezado a usar las llamadas “Salas Gesell”, que tienen un espejo unidireccional, que permiten, especialmente a niños y niñas, desenvolverse cómodamente y en un ambiente de confianza. En este sentido, SENAME en su página web ha publicado la noticia de capacitación a jueces de los Tribunales

¹⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. p. 67. pr. 78.

de Familia para el uso de estas salas, dice que “Hasta el momento se ha capacitado a 17 tribunales de Familia y Cortes de Apelaciones del país, donde se están implementando las salas Gesell o espejo, que son recintos especialmente acondicionados para que los niños y niñas involucrados en procesos judiciales puedan dar sus declaraciones en un ambiente cómodo”¹⁶⁹ Agrega que “Los tribunales de Melipilla, Valparaíso y Punta Arenas ya comenzaron a hacer uso de estas salas, que cuentan con un sistema de video grabación para que el niño sólo declare una vez en presencia de una especialista, mientras es visto desde otra sala por el juez. Esto permite que si otro magistrado toma la causa no se tenga que volver a entrevistar al menor de edad, evitando de esta forma su revictimización”¹⁷⁰ Otra forma de ayudar a los niños a que se sientan en un ambiente más cómodo es el uso de perros de asistencia judicial, los que usualmente se utilizan en procesos de vulneración de derechos. Según información de la Corporación Nacional de Fomento a la Integración Animal en la Rehabilitación (BOCALÁN CONFIAR), que proporciona perros para estas y otras funciones, hay uno, que con autorización de la

¹⁶⁹ SENAME. 2013. “Sename capacita a tribunales sobre participación de niños en procesos judiciales” [en línea] <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=News&file=article&sid=1876>> [consulta: 27 de Octubre de 2013]

¹⁷⁰ *Ibíd.*

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, se encuentra en el Primer Juzgado de Familia de Santiago.¹⁷¹

Además, y como se verá en el siguiente punto, hay proyectos de ley que pretenden ayudar en la materia.

2.3 Recurso de Casación en la Forma.

“Es el acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece.”¹⁷²

Durante el desarrollo de este apartado, se ha hecho mención a la consideración de “trámite esencial”, que algunos autores (Núñez y Cortes, así como Francisca Riveros) han dado a la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos ante Tribunales de Familia. Sin embargo, no toda la doctrina es de este parecer, María Sara Rodríguez, en su libro “El

¹⁷¹ Explican que “En el año 2003 la fiscal senior de la Corte de Seattle Ellen O'Neill-Stephens junto al médico veterinario Celeste Walsen, comenzaron a desarrollar este programa en USA, inicialmente en casos de la corte de drogas y posteriormente en casos de abuso sexual y violencia intrafamiliar en menores” En BOCALÁN CONFIAR. 2013. “Perros Asistencia Judicial” [en línea] <http://www.bocalanconfiar.cl/perros_asistencia_judicial.html> [consulta: 28 de Octubre de 2013]

¹⁷² MATURANA, C. y MOSQUERA, M. 2012. Los recursos procesales. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. p. 245.

cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia” postula la idea contraria. Como explica la doctora Fabiola Lathrop, en reseña al libro mencionado, “en este punto, conviene relevar que, la autora, la audiencia de escucha del menor no es trámite esencial: la Ley de Tribunales de Familia no señala cuándo debe llevarse a cabo, de manera que su omisión no da lugar a que se configure causal de casación en la forma”¹⁷³. Por todo lo expuesto en este trabajo, soy de la postura que es un trámite esencial, considerando que se trata un tratado internacional sobre Derechos Humanos, que en relación al artículo 5 de la Constitución Política de la República, permite dar el carácter constitucional a los derechos de ellos emanados¹⁷⁴ y su especial reconocimiento en la Ley de Tribunales de Familia como elemento transversal a todo procedimiento, y además, en otras leyes que deben ser aplicadas por estos tribunales, por ejemplo, en materia de cuidado personal el artículo 225-5 Código Civil y en adopción en la Ley N° 16.920.

¹⁷³ LATHROP, Fabiola. 2010. María Sara Rodríguez Pinto. Recensión: El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia. En Revista Chilena de Derecho Privado (N° 15) Chile. pp. 244-245.

¹⁷⁴ Sobre el inciso 2 del artículo 5 de la Constitución Política, se ha dicho que “En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana (Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203)” CUMPLIDO, Francisco. 2003. “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. doctrina y jurisprudencia”. En: Revista Ius et Praxis v.9 (1). Talca, Chile. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100018&lng=es&nrm=iso>. ISSN07180012.<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100018>.> [consulta: 3 de Septiembre de 2014]

La importancia de considerarlo como trámite esencial radica, en que de ser así, se puede interponer el recurso de Casación en la Forma argumentando en la causal novena del artículo 768 Código de Procedimiento Civil, como explican los autores Maturana y Mosquera respecto de dicha causal: “La verdad es que lo trascendente dice relación con la omisión de trámites declarados por la ley como esenciales”¹⁷⁵, es el mismo Código de Procedimiento Civil el que realiza una enumeración de los trámites esenciales para primera y única instancia en procedimientos de mayor y menor cuantía, así como especiales, en el artículo 795 y el artículo 800 sobre los de segunda instancia de los mismos juicios anteriores. Agregan que “De acuerdo con ello es que se ha resuelto que esta causal no se configura si no se vincula con alguno de los números del artículo 800 (...) o si no existe texto expreso que eleve el trámite respectivo a la categoría de esencial o declare que su omisión produce nulidad.”¹⁷⁶

La jurisprudencia ha adoptado la primera posición. Así, la Excelentísima Corte Suprema en el caso “Henríquez Álvarez con Robledo Alcayaga”, conociendo de casación en la forma de oficio, señala que:

“QUINTO: Que el deber de otorgar al menor la posibilidad u oportunidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió salvar la Corte de Apelaciones de

¹⁷⁵ MATURANA C. y MOSQUERA, M. Ob. Cit. p. 263.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

Arica, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800 del mismo cuerpo de normas, texto que, al designar los trámites o diligencias esenciales en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 795 en relación a la primera instancia, utiliza la expresión: "En general" lo que permite entender que la enumeración que en tales textos se contiene, no es taxativa."¹⁷⁷

En el mismo sentido, se ha pronunciado en el caso "Sjoland Olavarría s/ Adopción":

"Quinto: Que si bien la diligencia en cuestión no está referida como tal en los artículos 795 y 800 del Código de Procedimiento Civil, disposiciones que indican los trámites o actuaciones que tienen dicha naturaleza, cabe destacar de su análisis gramatical que ambas se inician con la expresión "en general", locución adverbial que equivale a "de un modo general". En este contexto la referida expresión lleva a sostener que las enumeraciones contenidas en las normas antes indicadas no son taxativas, por lo que aceptan la existencia de otras disposiciones que establezcan trámites o diligencias cuya omisión justifique la causal en comento."¹⁷⁸

Concluye que oír a las niñas en el procedimiento de adopción es un trámite esencial, en base a lo prescrito en el artículo 19 N° 3 Constitución Política de la República, artículo 12 Convención sobre Derechos del Niño y artículo 16 de la Ley N° 19.968 en relación a los artículos 1 y 3 de la Ley N° 19.620, por tanto, señala que:

"Undécimo: Que, en el caso sub-lite, el derecho humano amenazado corresponde como se ha referido al de identidad y dignidad

¹⁷⁷ CS. 26. Febrero. 2014. Rol: 12057-2013. [en línea] <www.legalpublishing3.cl cita online: CL/JUR/328/2014> [consulta: 21 de Agosto de 2014]

¹⁷⁸ CS. 14. Octubre.2013. rol: 4068-13. [en línea] <www.microjuris.cl cita online: MJCH_MJJ36276 > [consulta: 21 de Agosto de 2014].

de las menores, las que, debido al fracaso del proceso de adopción por abandono de los adoptantes, han sido expuestas a la situación de mantener la de origen o de instar por la adoptiva, emanada de una sentencia dictada en el procedimiento no contencioso sobre adopción, fallo que aún no se ha cumplido. Desde esta perspectiva, la necesidad de oír a las menores, atendida su edad -doce años- y la participación que tuvieron en el proceso de adopción, constituye una actuación esencial para la correcta tramitación del juicio y la resolución del asunto, no supliéndose su omisión por la designación de curador ad litem, dada la relevancia que la opinión de las niñas tiene a la luz de los principios antes analizados.”¹⁷⁹

Como se aprecia, el recurso de Casación en la Forma se fundamenta en el artículo 768 N°9, por faltar un trámite esencial. Dicho trámite no está expresamente mencionado entre la enumeración de los artículos 795 y 800 del Código de Procedimiento, pero se ha considerado que éstos nos realizan una enumeración taxativa de trámites esenciales, y que por la nueva regulación de los procedimientos de familia, se ha incorporado como trámite esencial el derecho del niño a ser oído conforme a su edad y madurez.

Considero que este es un eficaz mecanismo procesal para que las partes o los mismos tribunales superiores de justicia (casación de oficio), velen por la participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos cuyas resoluciones les afecten. Lo anterior es muy relevante, pues el Comité de Derechos del Niño ha establecido que “Si el derecho del niño a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos (art. 12, párr. 2), el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia

¹⁷⁹ Ibíd.

que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.”¹⁸⁰

Considero que para que haya un uso efectivo de esta herramienta, a favor del niño, niña o adolescente, debería actuar en el proceso representado por un abogado.

2.4 Renuncia al derecho a ser oído.

Considero que la renuncia al ejercicio del derecho a participar en los procedimientos ante tribunales de familia, cuyas decisiones le afecten a niños, niñas o adolescentes, puede ser de dos formas:

i. Por el niño, niña o adolescente. Jaime Couso explica que “también es una garantía en favor del principio que considera al niño como sujeto de derechos, la facultad de renunciar al ejercicio de los mismos (...)” concluye que “El principio de autonomía progresiva de los niños, asociado a esta facultad de aparecer en ciertos casos “renunciando” a sus derechos, ejerciéndolos (sólo) cuando y como quiera, se traduce en conferirles progresivamente cada vez un mayor protagonismo en la definición de sus vidas conforme a sus

¹⁸⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit.pr. 47.

preferencias.”¹⁸¹ Por lo tanto, el ejercicio de ponderación sobre las opciones, los derechos e intereses involucrados, y luego decidir la mejor opción para el individuo y ejecutarla, es parte también de la autonomía progresiva; “lo que desde fuera parecerá la renuncia de un derecho, desde el punto de vista del titular del derecho normalmente se vive como la definición libre de un determinado orden de prioridad de sus intereses (...)”¹⁸²

Para que este acto sea verdadera una elección, el menor de edad debe contar con la información suficiente y comprensible para realizar la ponderación adecuada y luego resolver si quiere o no participar. La información debería ser entregada por el Juez o por un miembro del Consejo Técnico, en su caso por el Curado ad Litem del niño, niña o adolescente, aunque considero que idealmente por el Abogado del Niño. Además, la posibilidad de decisión del niño debe existir en todos los casos, es decir, tanto en los casos en que el Tribunal de oficio decreta audiencia reservada, lo primero será entregar la información suficiente y que decida si quiere o no participar, así como en los casos en que una de las partes solicita audiencia reservada del niño involucrado y ésta es otorgada por el tribunal.

¹⁸¹ COUSO. Ob. cit. p. 151.

¹⁸² *Ibíd.*

ii. Por el tribunal, en casos de medidas “paternalistas justificadas”.

“En particular, el reconocimiento al niño (si bien, como veremos, de forma cauta) de algunos derechos de libertad (religiosa, de conciencia, de opinión) en la Convención de 1989 ha contribuido a reconsiderar el viejo problema del paternalismo y de las medidas de tutela a favor del niño desde un punto de vista inédito: es decir, aquél de los límites y de la justificación de tales medidas. La principal cuestión normativa suscitada por los nuevos derechos de los niños puede ser formulada de la siguiente manera: ¿hasta qué punto el adulto (entendido, sea como individuo, sea como institución) pueden interferir legítimamente sobre la selecciones ejercidas por los menores de edad, sustituyendo con su propia voluntad la de ellos, especialmente si tal interferencia responde, en la óptica del adulto, a la necesidad de evitarles un daño?”¹⁸³

Jaime Couso al referirse a la renuncia al ejercicio de este derecho, como se explicó en el apartado anterior, agrega que “(...) ello no será siempre así. Como se dijo, en casos excepcionales (que, por frecuentes que sean para los niños de corta edad, analíticamente deben entenderse como excepcionales, pues la regla es que los titulares de los derechos puedan decidir cuándo y cómo ejercerlos), habrá justificación para adoptar medidas “paternalistas”, en las cuales los adultos a cargo del cuidado de los niños, o el propio tribunal, deberán

¹⁸³ FANLO, Isabel. 2009. “Viejos” y “Nuevos” Derechos del Niño. Un enfoque teórico. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] <www.corteidh.or.cr/tablas/r23581.pdf> [consulta: 3 de Septiembre] p. 40

decidir cuál es el interés superior del niño”. Estas medidas deben justificarse por cuanto pretenden limitar el ejercicio de derechos por parte de su titular; en este sentido, el autor se remite a Garzón Valdés y explica las dos exigencias que él identifica para tomar estas medidas “La primera (...) es que nos encontremos frente a alguna incompetencia básica de la persona, entendiendo por ellas la incapacidad manifiesta para desempeñarse en cierta área de la vida con un mínimo de eficacia en el logro de sus propios objetivos, con la consecuencia de que esa persona termina atentando en contra de los intereses que ella misma reconoce como válidos, es decir, expresa autocontradicción (...)”¹⁸⁴ y “La segunda exigencia (...) es que la medida que se adoptará en todos estos casos, sea adecuada y necesaria para mejorar las condiciones de autonomía e igualdad del sujeto (...)”¹⁸⁵ Para González Contró no debe tratarse de medidas que sean generalizadas para la infancia, el énfasis debe estar en el desarrollo individual de la persona, así como que deben ser lo menos gravosas para el niño, entre otros. Considero relevante, y en especial en relación a la primera referencia de este apartado, la opinión de la autora de que autonomía y protección se implican una a la otra “Desde la perspectiva de necesidades el ejercicio de cierto grado de autodeterminación es un requerimiento del desarrollo, pero también precisa de un marco adecuado que impida que el niño

¹⁸⁴ COUSO. Ob. cit. p. 152.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

se exponga innecesariamente, de tal manera que se podría decir que se protege al niño permitiéndole el adecuado ejercicio de su autonomía o que se posibilita el ejercicio la autonomía protegiéndole debidamente para que no corra riesgos inútiles (...)"¹⁸⁶

En el mismo orden de ideas, para el autor Rodrigo Barcia "La negativa del juez a oír al menor sólo se justifica de producirse algún evento por el cual el menor no está en condiciones de formarse un juicio propio, como se desprende de los artículos 85.2º y 3º de la LMC. Ahora bien, excepcionalmente el juez podrá excusarse de escuchar al niño o el adolescente en casos en que un informe psicológico avale su inconveniencia o si es imposible por su edad que el menor manifieste una opinión."¹⁸⁷

Por lo tanto, efectivamente existen justificaciones para que el niño, niña o adolescentes no sea escuchado en un procedimiento ante los tribunales de familia. En tal caso, deben ponderarse los perjuicios presentes y futuros para el niño, velando siempre por la máxima satisfacción de sus derechos (interés superior) o si efectivamente no está en condiciones de participar en el proceso en atención a su edad o madurez. De todas formas, considero, que lo anterior apunta a restringir la participación personal en los procedimientos ante

¹⁸⁶ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. 2006. Paternalismo Jurídico y Derechos del Niño. En Revista Isonomía (25) [en línea] < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/paternalismo-juridico-y-derechos-del-nio-0/> > [consulta: 3 de Septiembre de 2014] pp. 116-117.

¹⁸⁷ BARCIA, Rodrigo. 2013. La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. En revista lus et Praxis. Año 19 (2). Universidad de Talca, Chile. [en línea] < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200002&lng=es&nrm=iso > [consulta: 2 de Septiembre de 2014] p. 37.

tribunales de familia, pero existiría la posibilidad permitir la participación mediata por medio de algún miembro del Consejo Técnico, ya sea que se entreviste con el niño (idealmente) o que atendida las circunstancias del caso entregue su visión profesional (por ejemplo en casos en que los niños o niñas aún no pueden darse a entender en forma verbal) o recurrir al Curador ad Litem, en caso que los intereses del niño sean independientes o contrapuestos a quien debiese representarlo en juicio.

Por último, ya sea que se esté frente al primer caso (renuncia por el niño, niña o adolescente) o al segundo (se toman medidas por el parte del tribunal), debe encontrarse suficientemente explicada la situación en un considerando de la sentencia, pues de otra forma sería fácilmente confundible con medidas paternalistas arbitrarias, las que implicarían que el trato que se le da al menor de edad en el procedimiento, es de objeto de medidas y no sujeto de derechos.

2.5 Proyectos de reforma a la Ley N° 19.968 en lo que respecta al derecho del niño a ser oído.

Actualmente se trabaja en algunos proyectos de ley, que reformando la Ley N° 19.968, apuntan a lograr mayor eficacia en la escucha de niños, niñas y adolescentes.

➤ **Modifica la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia y el Código Procesal Penal respecto a la declaración video grabada de menores.**

Boletín N° 7538-07.¹⁸⁸ Este proyecto tiene por objetivo modificar las leyes antes mencionadas, para evitar la victimización secundaria, que niños, niñas o adolescentes víctimas de maltrato o abuso sexual, sufren durante el procedimiento que conoce de su causa. Así, se explica en sus fundamentos que “La victimización secundaria se manifiesta principalmente en el desconocimiento de calidad de sujeto de derecho de la víctima, lo cual se agrava al tratarse de niños o niñas, y ser utilizados como meros objetos del proceso, sea para la obtención de medios de prueba, sea para dar curso a un procedimiento determinado”.¹⁸⁹ Además, considera que es una forma de dar cumplimiento a las observaciones del Comité de Derechos del Niño ha hecho a nuestro país y a lo que Naciones Unidas propone en la Observación General Número 12.

Así, propone, en lo que respecta a la Ley N° 19.968:

- Que los niños, niñas y adolescentes cuyas causas correspondan a las del artículo 8 N° 7 (Asuntos de vulneración o amenaza de sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores), una vez ingresadas que sean, se les podrá realizar una entrevista reservada en una sala especialmente acondicionada para ello y

¹⁸⁸ Con fecha de ingreso Miércoles 16 de Marzo de 2011, por moción presentada por los diputados Cristián Letelier y Denise Pascal. Corresponde a CHILE. 2011. BOLETÍN N° 7538-07 [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 13 de Octubre de 2013]

¹⁸⁹ CHILE. 2011. BOLETÍN N° 7538.07. Ob. cit. p. 1.

videograbadas, salvo, en casos calificados y previa constancia fundada del profesional a cargo de la entrevista, se le tome por escrito o sólo grabada el audio.

- La declaración deberá ser tomada por un miembro del Consejo Técnico, con capacitación de Diplomado en materia de entrevistas a niños víctimas de delitos violentos y sexuales. Para el Juez es obligatorio presenciar la entrevista, mientras que podrán asistir otros funcionarios o personas autorizadas, lo que se hará por medio de sistema de circuito cerrado de televisión, espejo unidireccional u otro medio idóneo.

- La entrevista será realizada en el menor plazo posible, pudiéndose postergar por un máximo de 30 días, a solicitud del niño, niña o adolescente. Debe efectuarse en un solo acto, salvo que se extienda demasiado o que si la víctima solicita descansar, continuándose al día siguiente, con las mismas partes presentes en la primera declaración.

- Bastará la entrevista realizada en Fiscalía, si se hubiese iniciado por esta vía el procedimiento.

- Tendrá el mismo valor probatorio que la declaración del niño, en las actuaciones posteriores del procedimiento.

- Máximo de cinco declaraciones, incluyendo las realizadas en Fiscalía, Defensoría, peritajes de cualquier naturaleza.

Uno de los casos emblemáticos y en el que se observa claramente la necesidad de incorporar esta modificación en nuestro sistema jurídico, es que el caso del ejecutivo del Banco Central de Chile (Enrique Orellana), denunciado por Yamilé C. madre de las niñas y ex esposa del ejecutivo. En el primer juicio, en 2012, fue también absuelto, resolución anulada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se inicia un segundo juicio en el que fue condenado a 60 años de prisión por los delitos de violación reiterada en contra de sus tres hijas menores de edad. La Corte Suprema revocó luego el dictamen, por lo que se inició un tercer juicio, el que finalmente lo absolvió de los cargos.

Dentro de los elementos que se consideraron como prueba en los juicios fue la declaración de las niñas, las que a juicio de “el juez Soto, las declaraciones de las niñas en este tercer juicio fueron “escuetas y presentaron inconsistencias y diferencias con los juicios anteriores (...)”¹⁹⁰, explica CiperChile. Hubo un duro juzgamiento respecto a la veracidad de los relatos de las niñas, los que sufrieron modificaciones a lo largo que se desarrolló este extenso caso, siendo esto considerado como que el relato era poco verídico. Sin embargo, en la sentencia condenatoria de 20 de Abril de 2013, precisamente se consideran “declaraciones de los peritos del Servicio Médico Legal, como la doctora Concha, que hizo un peritaje de credibilidad a Señaló que tenía mucha

¹⁹⁰ CIPERCHILE. 2013. Tras tercer juicio, ejecutivo del Banco Central fue absuelto de acusación de violación a sus hijas. [En línea] < <http://ciperchile.cl/radar/tras-tercer-juicio-ejecutivo-del-banco-central-fue-absuelto-de-acusacion-de-violacion-a-sus-hijas/> > [consulta 29 de Enero de 2015]

experiencia en estas evaluaciones, tanto en la práctica como en la academia y explicó que todos los relatos de eran creíbles y altamente válidos. El examen lo hizo con la niña frente a ella, viéndola en sus reacciones y movimientos corporales, pero la niña daba respuestas evasivas.”¹⁹¹

Es esperable que si las niñas se ven enfrentadas a la estresante situación de un juicio, en el que deben narrar una experiencia que ha sido traumática, pueden presentarse inconsistencias, toda vez que consideramos que los niños víctima de abusos sexuales deben prestar declaración ante Carabineros, PDI y Fiscalía, al menos. En este sentido, un estudio de UNICEF del año 2006, explica que “En la medida que se pone en duda el relato de los niños, se configura en los padres –y en otros agentes judiciales, como veremos más adelante– una actitud culpabilizadora hacia ellos”¹⁹²

En este sentido, medidas como la videograbación de los relatos de los niños, niñas y adolescentes, y que se trabaje en juicio sobre ellas, ayuda a evitar la victimización secundaria y la sobreexposición a situaciones que pueden perjudicar aún más su desarrollo, siendo contrario por tanto a su interés

¹⁹¹ CUARTO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO. 20 de Abril de 2013. Sentencia disponible En CIPERCHILE [En línea] < http://ciperchile.cl/pdfs/05-2013/orellana/Condena_orellana.pdf> [consulta 29 de Enero de 2015]

¹⁹² PÉREZ M. S.. 2000; Tratamiento Reparatorio en Casos de Abuso Sexual en Niños/as. Ponencia presentada en la VI Jornada Nacional de Salud Sexual y Reproductiva. Instituto Chileno de Medicina Reproductiva. En UNICEF Y UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal. Informe final. Chile. [En línea] < http://www.unicef.cl/archivos_documento/173/Informe%20final.pdf> [consulta: 29 de Enero de 2015] p. 51.

superior. El mismo estudio concluye que “Como se verá más adelante, la necesidad de humanizar la atención, garantizar el acceso a información y entregar un mejor trato a los niños víctimas y sus familias, son desafíos identificados por los propios operadores como tareas pendientes del Sistema de Justicia”¹⁹³

➤ **Modifica la ley N° 19.968 en lo relativo al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oído. Boletín N°5665-18.**¹⁹⁴ Esta modificación pretende:

“a) Establecer expresamente, la forma como ha de hacerse efectivo el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído en todos aquellos procedimientos en que puedan verse involucrados sus intereses”¹⁹⁵ Para ello propone incorporar un inciso 2 al artículo 50, que dentro de las reglas del procedimiento ordinario, bajo las disposiciones de la declaración de partes, se agregaría “En todos aquellos asuntos en que pudieren verse vulnerados o afectados los derechos de los niños, niñas o adolescentes, y sin perjuicio de su comparecencia, el juez deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16, escuchando al menor en forma privada, previa o posteriormente a las

¹⁹³ UNICEF Y UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2006. Ob. cit. p. 54.

¹⁹⁴ Con fecha de ingreso Jueves 10 de Enero de 2008, por moción presentada por los diputados Enrique Accorsi, Guillermo Ceroni, Guido Girardi Briere, Tucapel Jiménez, Antonio Leal, Marco Antonio Núñez, Jaime Quintana, María Antonieta Saa, Laura Soto y Carolina Tohá. CHILE. 2008. BOLETÍN N° 5665-18.

¹⁹⁵ CHILE. 2008. BOLETÍN N° 5665-18. Ob. cit. p. 2.

audiencias a que hacen referencia los artículos 61 o 63, debiendo actuar asistido por consejo técnico”¹⁹⁶

b) Regular la forma en que el niño, niña o adolescente será oído en el procedimiento especial de medidas de protección, para evitar doble victimización y alteración de su declaración. Agregándose al inciso 2 del artículo 69, “a continuación de la frase “Para este efecto podrá escucharlos”, lo siguiente: “en privado y asistido por el consejo técnico” ”¹⁹⁷

c) Establecer una preferencia para niños, niñas y adolescentes con medida de protección judicial vigente, en la audiencia que pueden solicitar con el Juez de la causa, en virtud del artículo 79. Así, propone agregar a dicho artículo “En caso de ser hecha personalmente, el juez deberá dar audiencia inmediata al niño, niña o adolescente, sin perjuicio de las demás audiencias fijadas”¹⁹⁸

Con estas medidas, como se explica en la moción, se pretende restringir el ámbito de discrecionalidad del juez que existe “toda vez que para él es facultativo oír al menor, y porque la cautela de su salud física y psíquica queda a él entregada”¹⁹⁹ y dar mayor efectividad a este derecho, pues, esta puede

¹⁹⁶ CHILE. 2008. BOLETÍN N° 5665-18. Ob. cit. p. 3.

¹⁹⁷ Ibíd.

¹⁹⁸ Ibíd.

¹⁹⁹ CHILE. 2008. BOLETÍN N° 5665-18. Ob. cit. p. 2.

verse desvirtuada por la anterior situación, “pues, por una parte, el juez puede desvincularse de la opinión del niño (...) , y por otra, al no encontrarse regulada la forma como ha de ser recibida ésta opinión puede llegar a importar una victimización del niño asociada a la exposición de su declaración (...)”²⁰⁰

Para finalizar, sólo considerar que los elementos que consideran estos proyectos de reforma, son compartidos por quienes deben trabajar con niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, así, en entrevista realizada para este trabajo, doña Virginia Salvo, Coordinadora de la Oficina de Protección de Derechos de la comuna de San Miguel, explica que “(...) debiera haber una persona, que en este caso debiera ser un psicólogo o algún otro profesional especializado, que pueda generar un clima de confianza, porque muchas veces ha ocurrido que en ese clima de confianza el niño ha revelado otras cosas, que no las develó ni aquí ni en ninguna otra instancia. Entonces, no necesariamente debiera el juez entrevistar al niño, sino que para eso están precisamente estas salas en las que debería estar el profesional competente para entrevistar al niño y probablemente el juez puede hacer preguntas a través de este profesional y poder sondear más (...)”²⁰¹ Agrega, Carolina Lara, abogada de la misma institución “(...) en cuanto a estas nuevas instalaciones de salas de Gesell y

²⁰⁰ Ibíd. p. 2

²⁰¹ SALVO, Virginia. 2014. Trabajadora Social y Coordinadora Oficina de Protección de Derechos comuna San Miguel. OPD San Miguel. Lunes 13 de Octubre de 2014.

también para evitar, porque también ayudan a evitar la re-victimización del niño. Se trata de evitar la doble entrevista, que siempre una entrevista, que esa sirva para todo tipo de proceso, sea familia, penales, para que el niño no tenga que tener otro discurso, porque puede que el niño al final de proceso hasta cambie su discurso; pero lamentablemente, es un tema de recursos, o sea, existe una sala, pero como te digo, las medidas de protecciones son millones, entonces empieza ya un criterio desde el Magistrado y los Consejeros, sobre qué niño pasa por esa sala, para quien es imprescindible esa sala”²⁰²

La abogada toca un punto relevante, el de los recursos, cada uno de los cambios que considero deben realizarse para lograr tener procedimientos ante Tribunales de Familia verdaderamente integrativos de niños, niñas y adolescentes, requieren de una fuerte inyección de recursos en esa área, enfocados principalmente a infraestructura y profesionales adecuados, es decir, con los conocimientos necesarios para hacer frente a esta interacción, lo que implica para ellos realizar diversos estudios, los que deben verse, por un lado, apoyados por la institucionalidad y por otro, reflejados en las remuneraciones.

2.6. Rol del Juez de familia, del Consejo Técnico y del Curador ad Litem en el derecho a ser oído.

- **Juez.** Como ya se puede ver, su rol es fundamental. Pues la ley N° 19.968 deja muchos espacios en el ejercicio del derecho del niño a ser oído a su

²⁰² LARA, Carolina. 2014. Abogada Oficina de Protección de Derechos comuna San Miguel. OPD San Miguel. Lunes 13 de Octubre de 2014.

discreción. Por lo que la postura que tenga será esencial a la hora de escuchar al niño, niña o adolescente. En las palabras de un juez de familia, don Hernán López, "... para mi trabajo de Juez, el interés superior del niño es esencialmente un criterio para resolver conflictos jurídicos, que me obliga a conferir primordial importancia al beneficio que la decisión jurisdiccional importa al NNA"²⁰³ Agrega que "Para dilucidar el beneficio tenemos a nuestra disposición toda la batería de probanzas que las partes o los jueces actuando de oficio hayan recabado. Pero la fundamental y que nos ilustrará respecto a la valoración que demos a las anteriores, es la propia opinión del NNA"²⁰⁴ Finalmente, expresa que "(...) tampoco se trata de "oír" al niño sólo formalmente o como mero trámite, delegando en otro funcionario esta función. El Juez debe darse el tiempo necesario, debe ser capaz de "engancharse" emocionalmente con él e interactuar en un plano de respeto y confianza (...) el juez debe informar al niño acerca del lugar donde se encuentra, por qué está allí, se identificará claramente y tratará por su nombre (...)"²⁰⁵ La Ley N° 19.968, en su artículo 16 de carácter general, así como en otros artículos especiales, como el artículo 69, establece que para el juez oír al niño es un deber, y lo cumple tomando las medidas tendientes a lograr tal expresión del menor de

²⁰³ LÓPEZ, Hernán. 2011. "Vulneración de derechos y procedimiento" En www.microjuris.com [en línea] <MJCH I MJD621> [consulta: 21 de Octubre de 2013] p.4.

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ LÓPEZ. *Ob. cit.* p. 5.

edad. Es en esas medidas en que la ley guarda silencio, salvo para el procedimiento especial de aplicación de medidas de protección, no se refiere al lugar (vimos que se busca que los Tribunales de Familia cuenten con salas especiales para ello, y también, en Vargas y Correa, que los jueces tienden a su citar a los niños, niñas y adolescentes en las salas de audiencias) duración (mínima y máxima, la que deberá ser, a mi parecer, de acuerdo a la edad del niño o niña), oportunidad procesal (audiencia preparatoria, audiencia de juicio, audiencia especial como se ha venido haciendo según las autoras antes citadas), alguna preparación especial que deban tener los jueces para poder entrevistar a menores de edad. La forma en que en la parte considerativa y resolutive debe hacerse cargo de la opinión que le fue expresada, señalando por qué ésta ha sido considerada, con qué peso, en qué se manifiesta.

Como se ve, son variadas las aristas que el juez de familia debe tener el mente, pues la ley no lo regula, al momento de cumplir con su deber de oír a un niño, niña y adolescente. Su rol en el derecho del niño a ser oído es fundamental, pues no sólo deberá escuchar, sino que debe tenerla debidamente en cuenta al momento de resolver la causa. En este sentido, considero que la obligación constitucional y reafirmada en forma legal por la ley de tribunales de familia, se ve cumplida si:

- Otorga la oportunidad para que el niño sea escuchado.
- Vela por el ambiente adecuado para ello.

- Lo escucha directamente o bien, en caso excepcional, por intermedio de terceros.
- Lo entrevista por sí o bien, por medio de otros funcionarios del tribunal, como miembros del Consejo Técnico.

Realizada esta labor, en la parte considerativa de la sentencia, reserva un considerando para argumentar: i) Que el niño, niña o adolescente fue oído (o no) y por qué. ii)Cuál es la opinión del niño. iii) Cómo ésta se pondera con la prueba rendida. Así, se podrá restablecer el razonamiento del juez, evitando arbitrariedades al respecto, es en este sentido en el que comprendo la expresión “tomar debidamente su opinión” que consagra la ley. Como ya se ha explicado, no importa resolver conforme a la opinión del niño, sino que sea un elemento considerado en el razonamiento del juez, y la mejor forma en que se podrá determinar si se ha considerado, es por el medio anteriormente explicado.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el juez no está obligado a acatar y resolver conforme a lo expresado por los menores de edad involucrados, en este sentido, sólo agregar lo expresado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique “La excma. Corte Suprema ha dicho (...) La opinión del niño no es vinculante para el juez, sino solo un factor a considerar dentro de los demás antecedentes del proceso (...) (Sentencia 29 de julio de 2008, Rol N° 3469-

2008)”²⁰⁶, luego “Si bien esta obligación de oír al niño o niña, no es equiparable con la de aceptar su deseo, y en este sentido, según se señala en el motivo Cuarto del fallo apelado, la menor Krishna manifestó, en un ambiente libre de presiones, su deseo de permanecer con su padre, sin dejar de vincularse con su madre, dicha manifestación, a no dudarlo constituye un factor importante a considerar junto a los demás antecedentes del proceso”²⁰⁷

• **Consejo Técnico**²⁰⁸. El artículo 5 de la Ley N° 19.968, que trata las funciones, señala que “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”²⁰⁹, específicamente en el literal b, agrega la de “Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente”²¹⁰. Así, el Consejo Técnico, colabora

²⁰⁶ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE. 9. Julio. 2010. Rol: 15-10 [en línea] <www.microjuris.com cita online: MJJ24323> [consulta: 21 de Agosto de 2014] considerando quinto.

²⁰⁷ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE. Ob. cit. considerando sexto.

²⁰⁸ El Código Orgánico de Tribunales, define Consejo Técnico como “Los consejos técnicos son organismos auxiliares de la administración de justicia, compuestos por profesionales en el número y con los requisitos que establece la ley. Su función es asesorar individual o colectivamente a los jueces con competencia en asuntos de familia, en el análisis y mayor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento en el ámbito de su especialidad.” En CHILE. 1943. Código Orgánico de Tribunales. Última versión de 28 de Marzo de 2013. [en línea] <<http://bcn.cl/19e9j>> [consulta: 29 de Octubre de 2013]. Inciso 1, artículo 457.

²⁰⁹ CHILE. Ley 19.968. Ob. cit. inciso 1, artículo 5.

²¹⁰ CHILE. Ley 19.968. Ob. cit. literal b, inciso 2, artículo 5.

en el rol del juez para oír al niño, sus informes son útiles, en especial, para determinar la madurez del niño y la forma que su participación en el proceso pudiese afectarle; así como hacer saber al juez de la pertinencia de la opinión del niño para resolver el asunto que se conoce. Además, tiene un rol importante al momento de que, por las circunstancias del niño, niña o adolescente, éste no sea oído, y en tal caso sus informes y declaraciones servirá para conocer por su intermedio aquello que para el niño es más conveniente; en el mismo sentido, en caso de actuación representada, por medio de informes y declaración como medio de participación del niño.

- **Curador ad litem.** Conforme al artículo 19 de la Ley N° 19.968, en juez, velando por la debida representación de los intereses, podrá designar un curado ad litem, cuando considere que los intereses del menor de edad sean contradictorios o independientes de quien, por ley, le corresponde la representación. La existencia de la figura del Curador ad litem, ha sido objeto de múltiples análisis en doctrina, principalmente enfocado a cómo el hecho de que al niño, niña o adolescente se le designa un Curador ad litem, se condice con su condición de sujeto de derecho, con capacidad (progresiva) en el ejercicio de sus derechos fundamentales; toda vez que es una institución procesal que ya se contemplaba en el procedimiento civil, con el objetivo de representar los intereses de una persona incapaz.²¹¹ El curador ad litem, al que

²¹¹ Artículo 494 Código Civil chileno en relación con los artículos 852 y 854 Código de Procedimiento Civil chileno.

hace referencia la ley N° 19.968, se caracteriza por: i) Ser abogado²¹² y ii) Su representación se extiende a todas las actuaciones judiciales.²¹³ Como se mencionó, la designación de un Curador ad litem obedece a la concurrencia de la circunstancia del artículo 19: intereses contradictorios o independientes de los padres o representante legal. Por lo que, no todo niño, niña o adolescente tiene derecho a esta representación²¹⁴. Considero, que para lograr una verdadera imparcialidad, seguridad de que no existan presiones sobre el niño, niña o adolescente que desee expresar su opinión en el procedimiento, reconocimiento de la facultad, en atención a su autonomía progresiva, de dirigir su participación en el juicio, tomar la decisión sobre si opinar o no en él, son actuaciones que se logran mejor si se tiene un abogado, y en casos en que, por la edad, madurez, u otras circunstancias, el menor de edad no pueda tal grado de participación en el ejercicio de sus derechos, será adecuado nombrar un Curador ad litem.

²¹² De la Corporación de Asistencia Judicial o de cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Artículo 19 Ley 19.968.

²¹³ Incluyendo el ejercicio de la acción penal del artículo 109 letra b Código Procesal Penal.

²¹⁴ Cuestión relevante, aún más considerando que son muy cosas las veces en las que el tribunal lo designa y lo importante que es para los niños, "...ellos (los curadores) sostienen que los niños se sienten respaldados (*"tengo mi abogado"*), lo que es valorado positivamente" VARGAS, M. y CORREA, P. Ob. cit. p. 193.

Como explica Jaime Couso “La figura del curador “ad litem”, en cambio, es defectuosa como instrumento para asegurar la participación del niño en la decisión del caso, pues ese actor introduce un filtro que distorsiona la representación del interés manifiesto del niño (...), introduciendo en su lugar la lectura que el curador “ad litem” hace de lo que más le conviene al niño, como “interés superior”. El “abogado del niño”, en cambio, no representa el “interés superior” del niño, sino su interés manifiesto, los deseos y sentimientos (...)”²¹⁵

Para Vargas y Correa “la ley no entrega pistas acerca del modelo adoptado – si se trata de un guardián *ad litem*, de un abogado que representa el Interés Superior del Niño o de un abogado del niño (...)”

En lo que respecta al derecho del niño a ser oído, la figura del Curador ad litem resulta importante, pues al no existir un Abogado del Niño, es un acercamiento al derecho del niño a ser oído vinculado con el derecho a defensa. Que una tercera persona, ajena (en especial cuando se trata de los padres quienes tienen la representación de niño), da mayores seguridades de que la opinión del niño, sea verdaderamente suya.

En síntesis, la ley N° 19.968 es parte de un proceso de modernización legislativa en Chile. En lo que respecta a los derechos de niños, niñas y adolescentes, esta ley ha implicado un avance importante, pues los reconoce como sujeto de derecho dentro de los procedimientos que ante tribunales de

²¹⁵ COUSO. Ob. cit. pp. 159-160.

familia se substancian. Dentro de los derechos que la ley consagra en este marco, es el derecho del niño ser oído.

Sin embargo, en términos generales, el tratamiento de la ley a este derecho no es suficiente. Únicamente le da un trato más completo en el procedimiento especial de “Aplicación de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes”. Sin embargo, no hay una regulación transversal, aplicable a las causas que deben conocerse por procedimiento ordinario (como divorcio, alimentos, relación directa y regular, etc) Quedando gran parte del ejercicio efectivo de este derecho a la discrecionalidad del juez, lo que, a mi parecer, implica el riesgo de que dependiendo del Tribunal, del Juez, que conozca la causa el niño, niña o adolescente será efectivamente oído.

Como se logra ver en el trabajo de las autoras Vargas y Correa, citado a lo largo de este capítulo, hay jueces que simplemente no escuchan a niños bajo determinada edad y prefieren valerse del informe del Consejo Técnico o pericias diversas para resolver el asunto; mientras que hay otros que tratan de dar un cumplimiento lo más conforme a la Convención Internacional de Derechos del Niño, como vemos en el documento del juez López. Deben regularse criterios uniformes para asegurar a todos los niños, niñas y adolescentes que su derecho a ser oído será respetado, que todos los jueces cumplirán su deber legal (artículo 16 Ley N° 19.968) dándoles la oportunidad para ser oídos. Además, no se regula el derecho del niño a ser oído en la etapa

de cumplimiento de las sentencias, en particular, aquellas que implican una actitud de su parte, como en el caso de la relación directa y regular. Considero que la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil para el cumplimiento de las sentencias, para casos como este, no es acorde a todo el sistema que esta ley ha venido entablando²¹⁶ de respeto a los derechos de cada integrante miembro de la familia, en especial, los menores de edad.²¹⁷

²¹⁶ N. del A. Llama la atención que se haya regulado el cumplimiento de sentencias que fija alimentos, y no aquellas que reconocen el derecho del padre que no tiene el cuidado personal, a tener una relación directa y regular con el hijo, que también lo afecta en su persona y desarrollo. Por ejemplo en los casos en que es el niño quien, por diversos motivos, no quiere ir donde el otro progenitor, correspondería que fuera escuchado por el Tribunal y se estableciera una forma de cumplimiento que fuera más acorde a lo expresado por el niño. Y no que tenga que ir carabineros a retirar a una niña, quien llora y no quiere irse de su casa, por la fuerza a dar cumplimiento a la resolución del tribunal. Como se ve en video: [en línea] <<http://youtu.be/JRw8FTD3yuQ> > [consulta 4 de Agosto de 2014]. Ver Anexo 1.

CAPÍTULO III: TRIBUNALES NACIONALES DE JUSTICIA Y EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO.

Este capítulo busca responder a la interrogante ¿Cómo la jurisprudencia ha considerado en el caso concreto la Ley N° 19.968, en lo que respecta al Derecho del Niño a ser oído?, por tanto se examinará la forma en que los tribunales nacionales han considerado los preceptos de la Ley N° 19.968, en lo que respecta al Derecho del niño a ser oído, evaluando su aplicación práctica.

La obligación del juez de escuchar al niño, niña y adolescente y de tener debidamente su opinión en todos los asuntos que le afecten, como señala la Convención sobre Derechos del Niño, no ha sido fácil de ejecutar por los Tribunales de Familia. Primero, hay dificultad al momento de determinar si un niño, niña o adolescente debe ser oído²¹⁸, luego sobre cómo oírlo, lugar, tiempo de la conversación, intervinientes, temas que como vimos, no son abordados por la ley de tribunales de familia.

Se vio en el capítulo anterior que el criterio para que el niño sea oído, es una ponderación conjunta de edad y madurez, en este sentido “Evidentemente, hay

²¹⁸ N. del A. Hay que enfatizar en que, como explica el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Número 12, no se puede partir de la base de que un niño es incapaz de formarse un juicio propio y de expresar su opinión. Sin embargo, hay ciertos criterios que deben considerarse para determinar si el niño está en condiciones de dar su opinión, si no afecta su interés superior (del niño, no del tribunal, no del Estado ni la familia) o si efectivamente el niño, niña o adolescente quiere dar su opinión en el asunto que se conoce, pues para ellos es un derecho a expresar su opinión y nunca una obligación.

gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.”²¹⁹ Cuestión que dificulta la labor de los administradores de justicia, sin embargo, no por los problemas que se deban enfrentar al momento de escuchar en el procedimiento a niños, niñas o adolescentes, se va a justificar de manera alguna una vulneración de sus derechos fundamentales.

Como una forma de preparar a los funcionarios que se ven enfrentados a esta situación, en la Observación General Número 12 se establece la obligación de los Estados partes de adoptar ciertas estrategias en la materia, y señala que se debe “Impartir capacitación sobre el artículo 12 y su aplicación en la práctica de todos los profesionales que trabajen con niños y para los niños, como abogados, jueces, policías, trabajadores sociales (...)”²²⁰

²¹⁹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. “Opinión Consultiva OC-17”. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> [consulta: 27 de Noviembre 2014] pr. 10.

²²⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. pr. 49.

También se explicó la forma en que la Ley de Tribunales de Familia regulaba el ejercicio del derecho del niño a ser oído, cuestión que era del todo necesaria en atención al artículo 4 de la Convención sobre Derechos del Niño, y se pudo establecer del estudio realizado que hay ciertos elementos relevantes que la ley deja a criterio del Juez, lo que necesariamente implica disparidades entre la forma en que un niño, niña o adolescente y otro vaya a poder ejercer este derecho y la acogida que este tenga, dependiendo del tribunal. Se finalizó analizando el rol del juez, Consejo Técnico y Curador ad Litem en este sentido, sin embargo, considero necesario iniciar este capítulo con una profundización del rol del juez de Familia, pues su figura es central en el correcto y efectivo ejercicio de este derecho. Luego, se estudiará la forma en que los tribunales de familia han dado cumplimiento a este imperativo internacional, constitucional y legislativo a través de las sentencias emanadas de estos tribunales que han llegado a ser conocidas por los tribunales superiores de justicia. Se tratará específicamente el conocido caso “Atala”, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del derecho de las niñas a ser oídas en el procedimiento.

3.1. El Juez de Familia y el derecho del niño a ser oído en los procedimientos que ante él se sustancian.

La Ley de Tribunales de familia tiene como finalidad, entre otras, la creación de una judicatura especializada, encargada de conocer los asuntos que esta ley

y otras generales y especiales le encomienden, como prescribe el artículo 1 de la Ley N° 19.968, dicha judicatura son los Tribunales de Familia: “Los tribunales o juzgados de familia son órganos jurisdiccionales especiales que forman parte del Poder Judicial, tienen competencia para conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado en las materias de familia indicadas en las leyes (...)”²²¹

Se conformarán con el número de jueces que señalan los artículos 4 y 4 bis de la ley. Además, contarán con: Consejo Técnico, Administrador, Planta de empleados de secretaría, y una organización en unidades, de Sala, Atención de Público y Mediación, Servicios, Administración de Causas y Cumplimiento.²²²

Sobre el juez recae la potestad jurisdiccional, la que se ejerce en forma unipersonal, sin embargo la figura del juez de familia excede los campos tradicionalmente conocidos, pues se le exige una conducta activa, y proactiva, como se desprende de los artículos 13²²³, que consagra el deber del juez de tomar de oficio aquellas medidas pertinentes para llevar a término el juicio con

²²¹ NÚÑEZ, R. y CORTÉS, M. Ob. cit. p. 17.

²²² Como prescribe el Artículo 2º Ley 19.968. En CHILE. Ley 19.968. Última versión de 18 de Diciembre de 2010 [en línea] <<http://bcn.cl/mt9>> [consulta: 25 de Noviembre de 2013]

²²³ “Artículo 13.- Actuación de oficio. Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Asimismo, el juez deberá dar curso progresivo al procedimiento, salvando los errores formales y omisiones susceptibles de ser subsanados, pudiendo también solicitar a las partes los antecedentes necesarios para la debida tramitación y fallo de la causa.” CHILE. Ley 19.968. Ob. Cit. artículo 13.

la mayor celeridad, así como salvar errores formales con el mismo fin y solicitar a las partes acompañen antecedentes; posibilidad de designar un curador ad litem cuando considere que los intereses de los niños, niñas y adolescentes involucrados en el proceso sean independientes o contradictorios a los de quien le corresponde a la representación legal de aquellos (artículo 19²²⁴), decretar medidas cautelares de oficio (también a petición de parte), “teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o

²²⁴ “Artículo 19.- Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal. De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello. En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive.” CHILE. Ley 19.968. Ob. Cit. artículo 19.

cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.”²²⁵ Y artículo 26 bis que regula las facultades del juez en audiencia:

“Preside la audiencia”²²⁶

“Dirigirá el debate.”²²⁷

“Ordenará la rendición de las pruebas”²²⁸

“Moderará la discusión.”²²⁹

“Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de los litigantes para defender sus respectivas posiciones.”²³⁰

“Podrá limitar el tiempo de uso de la palabra a las partes que deban intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios (...)”²³¹

²²⁵ CHILE. Ley 19.968 Ob. Cit. Artículo 22.

²²⁶ CHILE. Ley 19.968. Ob cit. artículo 26 bis.

²²⁷ Ibíd.

²²⁸ Ibíd.

²²⁹ Ibíd.

²³⁰ Ibíd.

²³¹ Ibíd.

“Ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo.”²³²

Sin perjuicio de otras labores que se encomiendan en leyes especiales, como en los artículos 3²³³, 31²³⁴, 36²³⁵, inciso 1 artículo 67²³⁶, 69²³⁷, entre otros.

²³² *Ibíd.*

²³³ “Artículo 3º.- Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges.” En CHILE. Ley 19.947. Última versión de 21 de Junio de 2013. [en línea] <<http://bcn.cl/1dphg>> [consulta: 26 de Noviembre de 2013] artículo 3.

²³⁴ “Artículo 31.- Al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.

El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto.” CHILE. Ley 19.947. Ob. Cit. artículo 31.

²³⁵ “Artículo 36.- No se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos. El juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres.” CHILE. Ley 19.947. Ob. Cit. artículo 36.

²³⁶ “Artículo 67.- Solicitada la separación, sea que la demanda se presente directamente o de conformidad al artículo 29, o el divorcio, el juez, durante la audiencia preparatoria, deberá

En resumen, esta fuerte figura del juez con todas las atribuciones que tiene durante el juicio implica que, como explican Núñez y Cortés, “En los procesos de familia se observa una coexistencia de manifestaciones de los principios dispositivo e inquisitivos según las diversas materias. Lo anterior se explica por la clase de interés de la sociedad que concurre en cada cuestión y el mayor o menor ámbito de libertad que se entrega a las partes o interesados en resolver sus problemas (...)”²³⁸, en el mismo sentido Eduardo Jara²³⁹.

En lo que respecta al juez y su relación con niños, niñas y adolescentes, y teniendo presente lo anteriormente expuesto, los ámbitos que la Ley de Tribunales de Familia no regula en la materia (Capítulo II) y el imperativo legislativo de oír a niños niñas y adolescentes en procedimientos de familia, no sólo en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sino que también en otras leyes que regulan las normas sustantivas aplicables a asuntos que serán conocimiento de estos tribunales, tales como:

instar a las partes a una conciliación, examinando las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.” CHILE. Ley 19.947. Ob. Cit. artículo 67 inciso 1.

²³⁷ “Artículo 69.- En la audiencia preparatoria, el juez instará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes.” CHILE. Ley 19.947. Ob. Cit. artículo 69.

²³⁸ NÚÑEZ, R. y CORTÉS, M. Ob. Cit. p. 66.

²³⁹ “En los procedimientos ante los Tribunales de Familia se puede señalar que estos principios coexisten (inquisitivo y dispositivo); pero que, por la naturaleza del proceso, el principio inquisitivo tiene una manifestación preponderante” En JARA, Eduardo. 2011. Derecho Procesal de Familia. Principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. p. 20.

Artículo 85 Ley de Matrimonio Civil. “La tramitación de la separación judicial, de la nulidad de matrimonio y del divorcio se regirá por lo dispuesto en este Capítulo y en las demás leyes que resulten aplicables, del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada.

Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes (...)”²⁴⁰

Inciso 1 artículo 3 Ley de Adopción de Menores. “Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.”²⁴¹

Artículo 225-2. Código Civil “En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: f) La opinión expresada por el hijo.”²⁴²

²⁴⁰ CHILE. Ley 19.947. Ob. Cit. incisos 1 y 2 artículo 85.

²⁴¹ CHILE. Ley 19.620. Última versión de 3 de Agosto de 2007 [En línea] <<http://bcn.cl/mv7>> [consulta: 26 de Noviembre de 2013]

²⁴² CHILE. Código Civil. Última versión de 21 de Junio de 2013. [En línea] <<http://bcn.cl/1dox1>> [consulta: 24 de Noviembre de 2013] artículo 225-2 literal f.

Inciso 1 Artículo 227. Código Civil. “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes.”²⁴³

Se logra determinar a partir de la legislación mencionada, que las exigencias al juez en este ámbito son mayores que las que puede tener en otras materias en las que no se vean involucrados niños, niñas y adolescentes. El juez debe ser especialmente activo en esta materia, pues no sólo deberá cumplir lo que la ley le exige, sino que a la vez salvar las omisiones que ella tiene (lugar, tiempo de duración, intervinientes, por ejemplo, elementos tratados en el capítulo anterior) y además integrar los preceptos de la Convención Internacional de Derechos del Niño y Constitucionales de la materia. Como explica, Costa Saraiva, “El perfil del juez, del nuevo juez, en este nuevo derecho, presupone un operador calificado, con conocimiento sólido en los temas de Derecho Constitucional, en la medida en que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana, debe transitar con naturalidad por el mundo jurídico, con dominio de las reglas fundantes de este sistema”²⁴⁴ agrega “...el intentar dibujar el perfil de este juez, nos hace hablar de un magistrado calificado y comprometido, capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana

²⁴³ CHILE. Código Civil. Ob. Cit..inciso 1 artículo 227 haciendo referencia a las materias de patria potestad y cuidado personal.

²⁴⁴ COSTA, João Batista. 2007. El Perfil del Juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia. En Justicia y Derechos del Niño Número 9. UNICEF. Santiago, Chile. p. 238.

tarea jurisdiccional e incorporar la normativa internacional que debe conocer tan bien como las normas del orden nacional (...)²⁴⁵

Por lo tanto, en lo que respecta específicamente al derecho del niño a ser oído, además de lo anteriormente dicho, el juez tendrá que cumplir ciertas obligaciones propias del tema, como: a) entregar la información pertinente para que el niño, niña o adolescente pueda decidir sobre el ejercicio de su derecho; b) decidir si el niño, en atención a su edad, madurez e interés superior, está en condiciones de ejercer este derecho; c) solicitar asesoramiento del Consejo Técnico cuando lo estime necesario; d) la duración y en presencia de qué personas (o a solas) será oído el niño; e) la forma, teniendo siempre a que sea más bien un diálogo y no un interrogatorio; f) si es oído por medio de representante, deberá tener presente quién es ese representante, pues por regla general la representación de un niño corresponderá al padre y/o madre que tenga la patria potestad, por lo que debe lograr extraer aquella información que exprese los intereses netamente del niño involucrado; igualmente cuando sea un curador ad litem quien lo represente. Finalmente la obligación de escuchar al niño, niña o adolescente, “La obligación de escuchar – que no sólo oír – al menor implica que quien haya de atenderle debe asimilar sus opiniones, indagar los fundamentos de las mismas, y ponderarlas antes de tomar una decisión. Oír al menor es introducir sus pensamiento, opinión o juicio en un

²⁴⁵ COSTA. Ob. cit. p. 239.

proceso judicial o administrativo (...)"²⁴⁶ Considero que de los pasos anteriores debe dejar constancia en un considerando de la sentencia definitiva, pues es un trámite esencial en los procedimientos ante los tribunales de familia, que eventualmente puede omitirse, cuestión que debe ser fundada.

Por último, señalar que Jaime Couso identifica tres dificultades en el desafío de que en Chile se logre “tratar a los niños como verdaderos sujetos de derechos en los tribunales de familia”²⁴⁷: 1) “la implementación de los principios de la Convención de Derechos del Niño en la práctica judicial chilena (...) se ha traducido a menudo en un cambio retórico, es decir, en un cambio de discursos (las palabras) que acompañan a las prácticas institucionales, que no va acompañado de verdaderas transformaciones de esas prácticas (...)"²⁴⁸ 2) “Una segunda dificultad, asociada a la que acabo de enunciar, deriva del hecho de que esta nueva judicatura que se acaba de crear (los tribunales de familia), inspirada por principios tan diferentes (a menudo, antagónicos) con los que presidieron el diseño y el funcionamiento de los tribunales de menores, será ejercida en buena medida por jueces que durante muchos años debieron operar

²⁴⁶ ZARRALUQUI, Luis. 2009. El menor en las crisis matrimoniales de sus padres. En GARCÍA, María del Carmen (Directora), MORILLAS, Marta y QUESADA Abigail (Coordinadores) Protección del Menor en las rupturas de pareja. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. España. p. 42.

²⁴⁷ COUSO. Ob. cit. p. 160.

²⁴⁸ COUSO. Ob. Cit. pp. 160-161.

bajo estos otros principios (...)”²⁴⁹ y 3) “(...) la consideración de los niños como sujetos de derechos en los tribunales de familia impone ciertos costos económicos. Costo en tiempo de profesionales competentes y especialmente capacitados que asesoren al tribunal en la tarea de oír al niño en la de consultar sus sentimientos; también en tiempo de jueces que se ocupen de mantener informados a los niños y en consultar su opinión (directamente o a través de su defensor) antes de adoptar las diversas decisiones (...)”²⁵⁰

A continuación, a través del estudio de jurisprudencia, determinaré si estas dificultades se mantienen hasta el día de hoy.

3.2. Análisis de sentencias de tribunales superiores de justicia nacionales período 2009-2013 en lo que respecta al derecho del niño a ser oído en procedimientos ante Tribunales de Familia.

3.2.i. “Caso niño R.L.G.R”

Corte de Apelaciones de Valdivia.

14 de Mayo de 2009.

Recurso de Apelación.

²⁴⁹ COUSO. Ob. Cit. p. 161.

²⁵⁰ COUSO. Ob. Cit p. 162.

R.L.G.R de 11 años de edad padece de Leucemia Linfoblástica Aguda, por lo que durante los años 2005 a 2007 es sometido al tratamiento médico indicado de quimioterapia, durante ocho meses hay una remisión de la enfermedad, pero luego se diagnóstica que uno de sus testículos ha sido comprometido. Ante esta situación, su médico tratante propone iniciar quimioterapia y la amputación de su testículo afectado, lo que le da la probabilidad de un 40% de sobrevivida. La madre del niño se niega al tratamiento, pues al igual que el anterior, provocará graves daños psíquicos y físicos en su hijo, y prefiere someterlo a uno de medicina alternativa de los reconocidos en el Decreto N° 42 del Ministerio de Salud (a la época del litigio se encontraba en inmunoterapia con un médico alópata). El Hospital Base de Valdivia, que no logró contactar nuevamente a la madre para que se pronunciara sobre la opción que tomaba, dirige por ello un oficio, suscrito por la médico hemato-oncóloga infantil Dra. Pilar Martínez, solicitando por su intermedio que se tomara una medida de protección sobre R.L.G.R.

El Tribunal de Familia, conociendo de la solicitud de medida de protección, señala que al no expresarse en el oficio mencionado cuál es la medida que se pide adopte, en virtud de los artículos 68 y siguientes de la Ley N°19.968, el juez está obligado a adoptar los resguardos necesarios la debida protección de niños, niñas y adolescentes, por lo que no sólo debe ubicar a la madre y que ella opte por el tratamiento, sino que también debe pronunciarse sobre la opción que la madre debe adoptar (considerando Segundo); además explica que la

opción que se plantea es enfrentar al niño a la muerte en un corto plazo o la posibilidad de sobrevivir por medio del tratamiento médico que se propone, y que en tal caso debe adoptar por éste último toda vez que la Ley de Tribunales de Familia exige la protección de la vida e integridad del niño ante toda circunstancia, sin excepción alguna. Por lo tanto acoge la medida de protección y además se pronuncia sobre la opción que la madre debía elegir, es decir, resuelve que “atendido lo expuesto y lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño; artículos 68 y siguientes de la Ley N° 19.968, se declara:

Que se acoge la medida de protección, en cuanto se dispone que debe practicarse al niño R.L.G.N²⁵¹ el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida”²⁵²

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo de la apelación interpuesta por la madre a la sentencia anterior, en su considerando décimo tercero explica que:

“...en el caso concreto del menor G.N. la juez de primer grado ha dispuesto la práctica imperativa de la amputación testicular y de una

²⁵¹N. del A. Mantengo las siglas, pues no considero adecuado ni necesario dar a conocer la identidad del niño involucrado.

²⁵² ZÚÑIGA, Yanira. 2009. Medida de Protección Terapéutica a favor de un menor (Sentencia del Tribunal de familia y de la Corte de Apelaciones de Valdivia). En Revista de Derecho Valdivia [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502009000100014&script=sci_arttext> [consulta: 27 de Noviembre de 2013] Vol. XXII N°1. Julio 2009. Valdivia, Chile. p. 280.

nueva quimioterapia, a pesar de que la medida de protección solicitaba – ubicar- a la madre, con el propósito de – dar la opción a este menor de tratarse -; y lo hizo entendiendo que ello constituía su deber atentos los términos en que la Ley de Familia encarga a los Tribunales la protección de la vida y la integridad del niño, interpretando esa exigencia como imperando esa protección – en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción – A juicio de esta Corte, tal decisión excede el marco atributivo del Juez de Familia, en base a las consideraciones que siguen.”²⁵³

Y agrega en el considerando siguiente:

“Que, en primer término, no se tuvo en cuenta la opinión del menor. Es completamente cierto que la autonomía individual no se reconoce plenamente por el ordenamiento jurídico nacional sino hasta los dieciocho años, y que por lo mismo esa opinión nunca podrá considerarse definitivamente determinante. Pero la ley reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas. Teniendo el niño G.N. once años de edad, y habiendo vivido la experiencia de un tratamiento de quimioterapia, estima esta Corte que, aunque fue nada más que para una mejor ilustración, debió consultarse su parecer. Así lo dispone, desde luego, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley chilena en virtud del decreto 830 RR.EE.) (...) Así, lo establece, asimismo, el artículo 16 Ley N° 19.968 (...)”²⁵⁴

Finalmente, y en base a otros argumentos, como los que esgrime entorno a que el derecho a la vida implica también calidad de vida, que para este trabajo no son objeto de estudio, resuelve revocar la sentencia apelada.

²⁵³ CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA. 14.Marzo.2009. Rol:103-09 [en línea] <www.microjuris.com cita online MJCH_MJJ20024> [consulta: 25 de Noviembre de 2013]

²⁵⁴ CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA. Ob. cit. considerando décimo cuarto.

Esta sentencia, tiene distintas aristas que han llevado a la doctrina a comentarla, en especial en lo que respecta al derecho a la salud, la vida y la posibilidad de decir libremente los tratamientos a los que someterse. Pero, en esta tesis se analizará desde la perspectiva del derecho del niño a ser oído en el procedimiento (primera y segunda instancia) y, en este caso, a poder decidir en el marco de éste la posibilidad de someterse a una u otra terapia.

Como bien destaca la Corte de Apelaciones de Valdivia, la Jueza de familia encargada de conocer y resolver el asunto en primera instancia, no escucha al niño, a pesar de tener once años (por lo que el argumento de la complejidad por la edad, para comunicarse con el niño, no tiene asidero), ni tampoco fundamenta los criterios por los que consideró que no era pertinente, o contrario al interés superior del niño, que se entrevistara con ella. Sin perjuicio de ello, la jueza aun así toma la decisión de amputar y de someterlo a un tratamiento que él ya había realizado, con las consecuencias que su madre explica, sin siquiera preguntarle su opinión, conociendo los hechos desde la perspectiva de la madre y de los médicos. Llama más aún la atención cuando la Convención sobre Derechos del Niño dice que será oído, entre otros elementos, cuando el asunto le afecte, y en el caso, le afecta de manera principal. Además, fundamenta su resolución como una medida de protección sobre el niño, y en atención a la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, lo que necesariamente lleva a concluir que bajo el marco formal (al hacer esta mención en la parte resolutive) de un nuevo derecho de los niños, de protección integral, del

reconocimiento como sujeto de derechos, lo que en realidad sucede es que el niño R.L.G.N., en este proceso ha sido tratado como objeto de medidas de protección por parte del Estado, pues no sólo no se le pregunta su opinión, sino que tampoco se consulta a su madre, quien representa los intereses los hijos, sobre la opción que considera mejor para él, que era lo que pretendía el Hospital, "... y aunque una posición paternalista no excluye *ipso facto* la garantía de los derechos del niño contemplados en la Convención respectiva, parece ser que el espíritu de dicho tratado internacional impone que la opinión de los niños sea, necesariamente, uno de los elementos específicamente ponderados en la decisión judicial (...)"²⁵⁵.

La Corte de Apelaciones advierte de este problema, pero no hace nada por enmendarlo, tampoco el niño es oído en esta instancia²⁵⁶.

El mismo año de las sentencias vistas, en la Observación General Número 12, el Comité de los Derechos del niño se pronuncia sobre la relación entre derecho a ser oído y derecho a la salud expresando que:

"Se debe incluir a los niños, incluidos los niños pequeños, en los procesos de adopción de decisiones de modo conforme a la evolución de sus facultades. Se les debe suministrar información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para los niños con discapacidades.

²⁵⁵ ZÚÑIGA. 2009. Ob. cit. p. 290.

²⁵⁶ Cuestión que no debe extrañar, pues si ya es difícil que en los Tribunales de Familia el niño sea oído, en los Tribunales Superiores esta dificultad es aún mayor.

Es necesario que los Estados partes introduzcan leyes o reglamentos para garantizar el acceso de los niños al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padre, independientemente de la edad del niño, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o bienestar del niño (...)²⁵⁷

En el mismo sentido, la autora Vivanco, en un análisis de esta sentencia, explica que “Desde hace bastante tiempo los estudios de Bioderecho han reconocido que los criterios de capacidad y de incapacidad civil asociados a las decisiones en salud resultan limitados e incluso insatisfactorios (...) una persona imposibilitada de asumir responsabilidades patrimoniales no por ello resulta privada de las posibilidades intelectivas y volitivas que le permiten pronunciarse sobre una propuesta terapéutica (...)²⁵⁸. Por lo tanto, hay que tener presente que en la actualidad, luego de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño, los parámetros de incapacidad que contempla el Código Civil, y que antes tenía un carácter transversal a toda actuación del niño, niña o adolescente en la sociedad, en su familia y en el ejercicio de sus derechos, debe verse limitado con los nuevos principios que se han incorporado a nuestra legislación, en especial, con la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, entendiendo que el niño es siempre capaz en lo que respecta a sus derechos fundamentales, y su ejercicio autónomo (sin los padres o representantes legales) va ir siendo mayor a medida que vaya creciendo. Lo

²⁵⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. pr. 100-101.

²⁵⁸ VIVANCO, Ángela. 2009. Negativa de un menor de edad y de su familia a que éste reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección. [en línea] <MJCH_MJD378 I MJD378> [consulta:22 de Noviembre de 2013] p. 6 (Artículo originalmente publicado en Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 2, pp. 399-440. 2009.)

que interesa resaltar es que, por el sólo hecho de ser persona se tiene capacidad de goce respecto de los derechos que el sistema jurídico consagra, cuestión que no sería discutida por nadie; pero en lo que respecta al ejercicio de los derechos fundamentales por niños, niñas y adolescentes, aún en Chile es presente el discurso paternalista, que no se condice con la posición expuesta, y que implica que en la práctica un niño de once años no pueda opinar, ni siquiera se habla sobre decidir, sobre el tratamiento médico que le parezca más adecuado.

La ley sobre Derechos y Deberes de los Pacientes (Ley N° 20.584) no consagra expresamente y en forma especial los derechos que tengan niños y adolescentes en el marco de la atención de salud, así como sus deberes, pero no cabe dudas que se entienden incorporados en ella, pues habla de “de toda persona” y en los casos en que por su edad y elementos cognitivos del niño, niña o adolescente no pueda ejercer estos derechos en forma personal, sus padres o quien lo tengan a su cuidado lo deberán hacer en su representación en atención al artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño.

Para finalizar, considerar que mientras en Chile a casi veinte años de la ratificación de la Convención aún había fallos de esta naturaleza, en 2002 Holanda discutía sobre la posibilidad de eutanasia en niños, y en 2005 de acuerdo al “Protocolo de Groningen”, bajo ciertos parámetros un médico puede realizar eutanasia a un menor de edad. En 2013 Bélgica discute sobre la

posibilidad de muerte asistida en niños, y el 13 de Febrero de 2014 el diario “El Mundo” publicaba que “Bélgica es desde este jueves el primer país del mundo que permite la eutanasia infantil sin límite de edad después de que el Parlamento federal aprobara la norma por un resultado de 86 votos a favor, 44 en contra y 12 abstenciones (...)”²⁵⁹

3.2.ii. “Milka Segal Osacuk con Alfredo Levi Czerny”

Corte de Apelaciones de San Miguel.

7 de Diciembre de 2011.

Recurso de Casación en la Forma.

La sentencia del tribunal de familia fija un régimen de relación y regular entre un hijo y su padre, quien estuvo ausente por varios años. Durante el juicio el niño no fue escuchado directamente, así como tampoco se toman en consideración los informes psicosociales realizados.

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y en subsidio recurso de casación en la forma, en base a las causales 7 y 9 del artículo 768 Código de Procedimiento Civil “toda vez que la sentencia contiene

²⁵⁹ EL MUNDO. 2014. “Bélgica legaliza la eutanasia en menores” [en línea] <<http://www.elmundo.es/internacional/2014/02/13/52fd034d22601d70448b4580.html>> [consulta: 8 de Septiembre de 2014]

decisiones contradictorias y se dictó omitiendo un trámite que la ley declara esencial”²⁶⁰

La Corte en el considerando tercero, reconoce:

“Que el examen de los antecedentes revela que, efectivamente, el menor J.L.S. de actuales 9 años de edad, no fue escuchado durante el juicio, desatendiéndose el mandato contenido en el artículo 16 de la Ley 19.968, en cuanto establece el derecho del niño a ser oído como uno de los principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento (...)”²⁶¹

Agrega en el Cuarto:

“Que en esta causa, dar cumplimiento a tal normativa era especialmente relevante, si se considera que se trataba de disponer la forma cómo debía generarse un régimen comunicacional con un padre ausente por muchos años, todo lo cual provoca en el menor un importante grado de ansiedad (...) Escuchar al menor en una materia que es de su directa y total incumbencia, era también posible si se considera que la pericia psicológica da cuenta que tiene un desarrollo físico y maduracional propio del ciclo vital en que se encuentra, su desarrollo de lenguaje es apropiado y tiene la capacidad de comprender y expresar ideas de forma clara y fluida”²⁶²

²⁶⁰ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 7. Diciembre.2011. Rol 773-11, [en línea] < www.microjuris.com cita online MJCH_MJJ36106> [consulta: 25 de Noviembre de 2013], Considerando Primero.

²⁶¹ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Ob. cit. Considerando Tercero.

²⁶² CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Ob. cit. Considerando Cuarto.

Resuelve que al haber incurrido en esto, se ha faltado a una diligencia esencial, por tanto acoge el recurso.

Sin embargo, una omisión de este trámite esencial, como califica la Corte, no es excepcional, como explican las autoras Vargas y Correa “En aquellos casos en los cuales los “protagonistas” (las partes procesalmente hablando) son los adultos, como por ejemplo, cuidado personal, relación y regular y en la gran mayoría de los casos de violencia intrafamiliar, la participación de los niños es muy reducida”²⁶³ Considero que tal situación es preocupante, porque definitivamente el relacionar a un niño, niña o adolescente, con su padre o madre que no tiene el cuidado personal, es un tema que lo afecta de manera principal; en especial cuando han pasado años y circunstancias que hagan que el menor de edad no tenga una relación cercana, de confianza y seguridad, por lo que el interés superior del niño implicaría en casos como el que comento, conciliar los derechos que padre o madre que no tiene el cuidado personal, a mantener con su hijo una relación directa y regular (artículo 229 Código Civil), y procurar el mejor desarrollo del niño, niña o adolescente, teniendo siempre como principio rector su interés superior, el que puede ser determinado, entre otros elementos, con la opinión que él mismo exprese en la instancia correspondiente.

²⁶³ VARGAS, M. y CORREA, P. 2011. Ob. cit. p. 194.

Así, se debe tener presente que, en general, en las relaciones de familia la ley reconoce derechos a sujetos, sobre sujetos de derecho, lo que implica que sus intereses deben ser ponderados a la hora de reconocer y regular el derecho que se tenga, en especial, si este sujeto es un niño, niña o adolescente, por lo que en el caso, lo que hubiese sido adecuado es, reconociendo el derecho del padre a mantener una relación directa y regular con su hijo, y reconociendo que para el niño implicaba iniciar una relación con un adulto que no le era familiar y eso genera un cambio en su esquema de vida que debe ser tratado con especial atención por parte del tribunal, en atención a lograr su máximo desarrollo, su interés superior, el niño debió ser oído y sus dichos considerados para, finalmente, establecer alguna modalidad de acercamiento paulatino con el padre, quizás en la misma casa donde habita el niño, para ir generando lazos y empezar a construir una relación.

De los casos estudiados, puedo concluir que si bien en primera instancia los jueces aún mantienen un rol paternalista, por medio de los recursos de apelación y casación en la forma, los tribunales superiores de justicia han tenido la posibilidad de pronunciarse al respecto, y son constantes en enfatizar en que el niño, niña o adolescente debe ser oído si está en condiciones de ejercer este derecho personalmente.

3.2.iii. “Henríquez Álvarez con Robledo Alcayaga”

Corte Suprema.

26 de Febrero de 2014.

Casación en la Forma de oficio.

Ante el Juzgado de Familia de Arica, don P. H. A. dedujo acción de impugnación y reclamación de paternidad en relación a la menor Y. N. R. C. conjuntamente contra don L. E. R. A. contra la menor representada por su madre I. M. C. C y a ésta personalmente. Con el fin de que se declare que la niña carece del vínculo filial de hija matrimonial del demandado y que en cambio es hija de filiación no matrimonial del demandante.

El tribunal de primera instancia rechaza la demanda en todas sus partes. El demandante interpone recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Arica, la que confirma el fallo de primera instancia. Por último, interpone recurso de casación en el fondo, para obtener la anulación del fallo impugnado y que se dicte una sentencia de reemplazo que acoja las pretensiones del actor contenidas en la demanda.

La Excelentísima Corte Suprema, en uso de las facultades consagradas en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, decide “invalidar de oficio la sentencia de ocho de octubre de dos mil trece, y se retrotrae la causa al estado en que la Corte de Apelaciones de Arica disponga, con citación y emplazamiento de las partes, los dos trámites o actuaciones omitidas”²⁶⁴ Lo

²⁶⁴ CORTE SUPREMA. 26. Febrero. 2014. Ob cit. parte resolutive.

anterior, invocando la causal número 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

Las actuaciones omitidas son:

1. Oír a la niña Y.N.R.C.
2. Incorporar la pericia de ADN.

En el considerando tercero se explica:

“Que, en concordancia con lo antes expresado, conviene precisar que el mérito de los antecedentes que obran en la carpeta digital y que proporciona el sistema computacional, revela lo siguiente: A) que en la audiencia preparatoria, de 2 de enero de 2013, se dispuso oficiar para la práctica de la pericia de ADN al demandante, demandados y a la menor Y. N. R. C., al Servicio Médico Legal de Arica, ello, a solicitud de ambas partes del juicio, y además se ordenó esta pericia de oficio por el tribunal. También, por disponerlo el tribunal, se ordenó la comparecencia a la audiencia de juicio, de la menor de autos, a objeto de ser oída.

B) habiendo justificado el demandado señor L.E. R. A. ante el tribunal de Arica, su incomparecencia a la toma de muestras para la pericia antes indicada, acreditando que en octubre de 2012 fue destinado por Gendarmería de Chile a servir en el CDP de Peumo y que, por estar en tratamiento de quimioterapia por cáncer de colon, no le era posible asistir a Arica para las muestras de sangre, se dispuso finalmente, que se obtuviera las muestras a los demandados a través de exhorto al Juzgado de Letras, Garantía y Familia de San Vicente de Tagua Tagua, lo que se logró luego de nuevas citaciones, por descoordinación en las fechas dispuestas para el nuevo examen.

C) que a la fecha de celebración de la audiencia de juicio, el 20 de mayo de 2013, no se contó con la pericia decretada, así como tampoco pudo oírse a la menor por no haber sido llevada por las personas a su cargo.

Se entregó el veredicto en la audiencia, desestimándose la demanda en todas sus partes.

D) en la sentencia de primera instancia, de 30 de mayo de 2013, se reitera en el fundamento quinto que no pudo disponerse de las pericias de ADN y, que además, que no fue posible oír a la menor en audiencia reservada.

E) que apelado el fallo de primer grado, la señora Fiscal Subrogante, doña Paulina Zúñiga Lira, fue del parecer de casar de oficio la sentencia por haberse faltado al trámite esencial de oír a la menor, en un debate tan relevante para sus intereses atendida la naturaleza de la materia en discusión, faltándose con ello, entre otras normas relevantes, a lo que preceptúa sobre el particular la Convención de los Derechos del Niño, y la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia.

F) en segunda instancia, mediante presentación de 11 de septiembre de 2013, la parte recurrente acompañó los resultados de las pericias de ADN, del Servicio Médico Legal de Arica del demandante señor P. A. H. A., y del Servicio Médico Legal de Rancagua las de los demandados señor L.E. R. A., señora I. M. C. C. y de la menor Y. N. R. C., recibidos todos en el Laboratorio correspondiente de la ciudad de Iquique el 15 de abril de 2013, (antes de la audiencia de juicio), y recién remitidos los resultados al Juzgado de Familia de Arica, el 30 de agosto de 2013. La Corte de Apelaciones de Arica negó lugar a la solicitud por improcedente "atendida la naturaleza del procedimiento y los principios de inmediación y contradicción".

G) mediante resolución de 8 de octubre de 2013, la Corte de Apelaciones mencionada confirmó la sentencia apelada, argumentando, en relación a los fundamentos del recurso de apelación, que la omisión de oír a la menor se traduce en no haberse concretado un derecho que le asiste, el que puede ser renunciado, y en lo que toca al resultado de las pericias de ADN, se estimó que era un trámite prescindible toda vez que se tuvo por establecida la posesión notoria alegada por la parte demandada.²⁶⁵

Considero que la Corte de Apelaciones de Arica justifica, erróneamente, la omisión del trámite de oír a la niña, en una renuncia a este derecho. Si bien es

²⁶⁵ CORTE SUPREMA. 26. Febrero. 2014. Ob. cit. considerando tercero.

cierto, y ha sido tratado anteriormente, que para el menor de edad no es una obligación emitir su opinión, esta renuncia debe realizarse en forma expresa, luego de haber sido debidamente informado respecto al derecho que tiene a ser oído y las consecuencias de ello, así como que también puede decidir no participar en el procedimiento, o en caso de un “paternalismo justificado”, ya tratado en el Capítulo II, como si se considera perjudicial, en atención al interés superior del niño, para el menor de edad su participación, bajo los criterios mencionados ya estudiados. Sin embargo en el caso, como consta en el expediente electrónico al que hace mención la Corte Suprema, la única justificación para que la niña no participe es que no fue llevada a la audiencia reservada por las personas que la tienen a su cargo, considero que esta situación es claramente una vulneración al derecho del niño ser oído, que el Tribunal de Familia debió rechazar y subsanar durante la sustanciación del proceso.

En este sentido, la Corte Suprema considera:

“CUARTO: Que, como se aprecia, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído a la menor Y. N. R. C. en una materia de vital importancia para sus intereses, en que está envuelto su derecho sustantivo a la identidad, además de hacer constar que el derecho a ser oído integra el derecho de toda persona a un debido proceso, en el que se comprende precisamente el de expresar su parecer. En lo particular, la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 contempla el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio (...) Este derecho, plasmado de modo imperativo en la Convención indicada, ha

sido recogido en el artículo 16 de la ley 19.968 sobre Tribunales de Familia como principio rector del contencioso de familia (...)²⁶⁶

Por último, agregar que considero que es un deber de los padres llevar a sus hijos menores de edad, a las audiencias en las que han sido citados con el objetivo de que manifiesten su opinión. Esto toda vez, que la Convención de Derechos del Niño en el artículo 5²⁶⁷ reconoce que los padres o miembros de familia ampliada, tienen responsabilidades, deberes y derechos en lo que respecta al ejercicio de los derechos por parte de los niños del grupo. Además, el inciso 1 del artículo 222 de nuestro Código Civil²⁶⁸, prescribe que es deber de los padres guiar a sus hijos en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

3.2.iv. “Calderón Barraza, Jaime con Munizaga Castro, María”

Corte de Apelaciones de La Serena.

30 de Marzo de 2006.

Nulidad de oficio.

²⁶⁶ CORTE SUPREMA. 26. Febrero. 2014. Ob. cit. considerando cuarto.

²⁶⁷ Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

²⁶⁸ Art. 222. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Don Jaime Calderón, deduce demanda de divorcio contra su cónyuge María Munizaga, solicitando se decrete el divorcio de su matrimonio en base a la causal del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena advierte que durante la sustanciación de la causa, el tribunal competente omitió dos diligencias esenciales del procedimiento:

i. Informar a las partes de la existencia del derecho a compensación económica, contemplado en el artículo 64 de la Ley N° 19.947.

ii. En virtud del artículo 85 inciso segundo de la Ley N° 19.947, y existiendo un niño involucrado (hijo de las partes de 13 años), es deber del tribunal oírlo. Al respecto razona que “(...) atendido el documento a fojas 1, respecto de quien es menester determinar situaciones relacionadas con su persona y bienes, sin que el juez a quo lo haya citado, a fin de oírlo, conforme al imperativo legal del artículo 85, por lo que se ha faltado a un trámite o diligencia esencial que motiva la invalidación del fallo.”²⁶⁹

Atendido lo anterior, resuelve “invalidar la sentencia en alzada (...) así como todo lo obrado desde fojas 15 y siguientes, debiendo el señor juez a quo no inhabilitado proceder a citar a las partes al comparendo de rigor, cumpliendo

²⁶⁹ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. 30. Marzo. 2006. Rol: 1496-05 [en línea] <www.microjuris.com cita online: MJCH_MJJ9527> [consulta: 25 de Agosto de 2014] Considerando quinto

con todas las exigencias legales y abarcando todas las materias propias del presente juicio y citando al menor de autos (...)”²⁷⁰

Considero este fallo importante, pues hay una tendencia en las causas a poner el énfasis en los adultos, lo que sucede de manera más clara en los casos de divorcios. Me llama la atención y en mi opinión es positivo que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, argumente que es esencial oír al niño al regularse materias sobre su persona y bienes, en el marco de este procedimiento de divorcio, lo que a mi parecer conlleva el reconocimiento de niños y adolescentes como miembros de la familia que ven involucrados en el conflicto que se conoce, y que por tanto, tienen derecho a participar y a que su posición sea considerada en la solución.

3.2.v. “Sjoland Olavarría”

Corte Suprema

14 de Octubre de 2013.

Casación en la Forma de oficio.

Se inicia un procedimiento de protección ante el Juzgado de Familia de Quilpué, a solicitud del Servicio Nacional de Menores, con el objetivo de paralizar la inscripción de nacimiento de dos menores en el Servicio de Registro

²⁷⁰ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. Ob. cit. parte resolutive.

Civil e Identificación, inscripción que debía hacerse en virtud que por sentencia definitiva del mismo tribunal se confirió la adopción de las niñas a un matrimonio. Dicha solicitud se fundamenta, en lo que Sename considera, como fracaso de la adopción, pues “los padres adoptivos abandonaron a las menores sin intención de continuar con las gestiones propias de la adopción conducentes a que lleven sus apellidos, en perjuicio del derecho fundamental de aquellas a la identidad (...)”²⁷¹

El tribunal de primera instancia rechaza dicho requerimiento, pues el fallo en el procedimiento de adopción se encuentra ejecutoriado, por lo tanto “las niñas fueron declaradas hijas del matrimonio adoptante, por lo que su identidad se encuentra establecida, debiendo estarse a lo resuelto en dicho proceso, no siendo posible desconocer o alterar lo allí determinado.”²⁷²

Sename interpone recurso de reposición con apelación subsidiaria, siendo desestimado el primer recurso, y luego la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirma el fallo en alzada.

Finalmente, deduce recurso de casación en el fondo. Conociendo la Excelentísima Corte Suprema, haciendo uso de sus facultades del artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aprecia que la sentencia impugnada fue dictada sin oír directamente a las niñas de doce años. Procede a examinar si

²⁷¹ CORTE SUPREMA. 14. OCTUBRE. 2013. Ob. cit.

²⁷² *Ibíd.*

esta diligencia es o no esencial: i. Primero considera que los artículos 795 y 800 del Código de Procedimiento no realizan una enumeración taxativa de diligencias esenciales, pues al usar “la expresión “en general” locución adverbial que equivale a “de un modo general””²⁷³. ii. La Constitución, en el artículo 19 N°3, “confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo, debido proceso que contemple entre otros, el derecho a ser oído (...)”²⁷⁴ iii. Artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, en relación a los artículos 69 y siguientes de la Ley N° 19.968 y artículos 1 y 3 de la Ley N° 19.620. De los que desprende que “existe una verdadera relación de complemento, desde que el derecho a ser oído- de naturaleza procedimental – y el derecho sustantivo al interés superior del niño a su identidad, pretenden asegurar el respeto y goce efectivo de los derechos que se debaten en el proceso (...)”²⁷⁵

De lo anterior concluye:

“(...) el derecho humano amenazado corresponde como se ha referido al de identidad y dignidad de las menores, las que, debido al fracaso del proceso de adopción por abandono de los adoptantes, han sido expuestas a la situación de mantener la de origen o de instar por la adoptiva, emanada de una sentencia dictada en el procedimiento no

²⁷³ CORTE SUPREMA. 14. Octubre. 2013. Ob. cit. considerando quinto.

²⁷⁴ CORTE SUPREMA. 14. Octubre. 2013. Ob. cit. considerando sexto.

²⁷⁵ CORTE SUPREMA. 14. Octubre. 2013. Ob. cit. considerando noveno.

contencioso sobre adopción, fallo que aún no se ha cumplido. Desde esta perspectiva, la necesidad de oír a las menores, atendida su edad – doce años- y la participación que tuvieron en el proceso de adopción, constituye una actuación esencial para la correcta tramitación del juicio y la resolución del asunto, no supliéndose su omisión por la designación de curador ad litem, dada la relevancia que la opinión de las niñas tiene a la luz de los principios antes analizados²⁷⁶

Por lo tanto, hay un vicio que en virtud de los artículos 764, 765, 768 N° 9 y 775 del Código de Procedimiento Civil, “se invalida de oficio todo lo actuado en autos, incluidas las sentencias de primera y segunda instancia y las audiencias celebradas y se retrotrae la presente causa al estado de escuchar personalmente a las menores (...)”²⁷⁷

Estos dos últimos casos, son relevantes toda vez que reflejan cómo los tribunales superiores de justicia consideran a la actuación de escuchar al niño, niña o adolescente como esencial en el procedimiento, lo que permite que los casos en que se omita este trámite, se pueda anular lo obrado.

3.3. Análisis de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Atala”.

Para efectos de este trabajo me centraré sólo en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y no analizaré las sentencias de los tribunales nacionales de justicia al respecto. Además, será abarcado desde la

²⁷⁶ CORTE SUPREMA. 14. Octubre. 2013. Ob. cit. considerando undécimo.

²⁷⁷ CORTE SUPREMA. 14. Octubre. 2013. Ob. cit. parte resolutive.

perspectiva de los derechos de sus hijas que se vieron vulnerados, en particular, el derecho del niño a ser oído.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

24 de Febrero de 2012.

Partes: “Atala Riffo y niñas con República de Chile”

“El 17 de Septiembre de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...) presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra el Estado de Chile (...) en relación con el caso 12.502. La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 24 de Noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo (...)”²⁷⁸

En lo que respecta a la tuición de las niñas, se solicitó por el padre en 2003 ante el Juzgado de Menores, además, presentó demanda de tuición provisoria, la que fue concedida fundado la demandada había privilegiado su interés personal, al convivir con su pareja en el mismo hogar en que habita con las niñas, y con ello ha generado un desmedro en el desarrollo futuro de sus hijas, así “no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una

²⁷⁸ CIDH. 24.2.2012. THOMSON ROUTERS [en línea] <CL/JUR/721/2012> [consulta: 25 de Noviembre de 2013]

sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra(n) gran importancia”²⁷⁹ El juez de esta resolución fue inhabilitado. Finalmente, la sentencia definitiva de prima instancia concede la tuición de las niñas a su madre, en base a que “había quedado establecido que la orientación sexual de la demanda no representa impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad.”²⁸⁰ Agrega que las niñas fueron oídas, y que “las declaraciones rendidas en audiencia por las menores de edad fue un antecedente considerado, pero no condicionaba su decisión en razón de su corta edad y la posibilidad de que estas opiniones se vieran afectadas “artificialmente por factores externos que las influencien, distorsionen o inhabiliten al fin propuesto” ”²⁸¹

Se interpone por el padre un recurso de apelación con orden de no innovar contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores, se acepta a tramitación el recurso y se concede la orden de innovar manteniendo la custodia el padre.

²⁷⁹ Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de Mayo de 2003. En CIDH. 24.2.2012. ob. cit. p. 9.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de Octubre de 2003. En CIDH. 24.2.2012. Ob. cit. p. 10.

Sin embargo, el 30 de Marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia apelada.

Finalmente el padre interpone un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco, además solicitó que se mantuviera provisionalmente la tuición de las niñas a su favor. La Corte Suprema, en fallo de tres votos contra dos, acoge el recurso y concede la tuición definitiva al padre. Consideró que “las niñas se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un ‘estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia[ba] significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”²⁸² Por lo tanto, da por acreditada la “causa calificada” a la que hacía referencia el artículo 225 Código Civil, pues esta situación puede generar daños irreversibles en el desarrollo de las niñas, las que tienen derecho a vivir en una familia “estructurada normalmente”²⁸³

Centraré el análisis directamente en lo manifestado por la Corte Interamericana sobre el derecho de las niñas a ser oídas. Este tribunal internacional constata que en primera instancia, las niñas fueron oídas,

²⁸² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de Mayo de 2004. En CIDH. 24.2.2012. Ob. cit. p. 11

²⁸³ CIDH. 24.2.2012. Ob. cit. p. 12.

cumpléndose con las obligaciones que del derecho del niño a ser oído se desprenden, pues “no sólo las escuchó en audiencia, sino que además es explícito que se tuvo en cuenta las opiniones de las tres niñas teniendo en cuenta la madurez y capacidad de las mismas en ese momento.”²⁸⁴ Sin embargo, el Tribunal concluye lo opuesto cuando analiza la forma en que la Corte Suprema chilena conoce de la causa. Si bien toma en consideración el hecho de que el recurso de queja tiene una naturaleza especial “que constituye principalmente un recurso disciplinario en contra de los jueces de instancia y en la cual no se recauda más prueba de la que ya ha sido aportada durante todo el proceso de tuición (...)”²⁸⁵, y que “un niño o niña no debe ser entrevistado con más frecuencia que la necesaria”²⁸⁶, ello no implica que la Corte quede exenta de oír estos testimonios y tomarlo debidamente en consideración al resolver, argumenta que:

“(...) el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad respectiva debe argumentar

²⁸⁴ CIDH. 24.2.2012 Ob. cit. p. 31.

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ *Ibíd.*

específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña.”²⁸⁷

La Excelentísima Corte Suprema no se hace cargo en su sentencia de las declaraciones de las niñas que constaban en el expediente, no hubo una labor argumentativa en este sentido, sino que, como identifica la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“(…) se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (...) la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.”²⁸⁸

En el mismo orden de ideas, el autor Jaime Couso, refiriéndose a la primera dificultad descrita antes de empezar este apartado²⁸⁹, menciona el fallo de la Corte Suprema en el caso Atala y explica:

“Así, bajo la apelación al “interés superior” de las niñas, e incluso a un derecho (“sui generis”) a vivir preferentemente en una familia de “modelo

²⁸⁷ *Ibíd.*

²⁸⁸ CIDH. 24.2.2012. Ob. cit. p. 32.

²⁸⁹ “La implementación de los principios de la Convención de Derechos del Niño en la práctica judicial chilena (...) se ha traducido a menudo en un cambio retórico (...)” COUSO, Jaime. Ob.cit. p. 161.

tradicional”, sin referirse a la opinión de las niñas (que en la primera instancia manifestaron una preferencia por permanecer con su madre), tres ministros de la Corte Suprema (con la oposición enérgica de los dos ministros restantes, en su voto de minoría) están implementando una política que no es precisamente la de tratar a las niñas como sujeto de derechos, sino más bien la de conservar en poder de los jueces la prerrogativa de proyectar sus propias preferencias en materias frente a las cuales el Estado es neutral (la predilección de un modelo de familia por sobre otro) para decidir conforme a esas preferencias las vidas de los niños sometidos a su jurisdicción. Todo ello, en lenguaje de derechos y apelando a principios de la CDN”²⁹⁰

Esta cita la considero relevante, porque plasma la disociación que existe entre lo que formalmente Chile reconoce en su legislación, tanto por medio de la ratificación de convenciones internacionales, como por las modificaciones legales que se han en virtud de buscar concordar nuestro derecho con estos nuevos parámetros mundiales, sin embargo en la práctica se sigue implementando un modelo paternalista.²⁹¹

3.4. Conclusiones a partir del estudio realizado ¿Cómo fallan nuestros tribunales?: El valor de los dichos del niño, niña y adolescente.

La jurisprudencia que se ha seleccionado, corresponde a casos en que los tribunales superiores se han pronunciado con ocasión del derecho del niño a ser oído por sí sólo o en forma independiente, y como se ve, son pocos casos.

²⁹⁰ COUSO. Ob. cit. p. 161.

²⁹¹ Modelo, que como ya se explicó en capítulos anteriores es anterior a la Convención de Derechos del Niño y a la doctrina de protección integral que esta instaura, es lo que se ha llamado en doctrina como “legislación tutelar de menores”, la que entendía a niños, niñas y adolescentes como objetos de protección, sujetos a la potestad del Estado y de sus padres, en su caso.

Estos principalmente se han conocido por medio de recurso de casación en la forma, en base a la falta de un trámite o diligencia esencial en el procedimiento, aunque como se advirtió, también hay recursos de apelación.

Me llama la atención también el uso de la facultad de actuar de oficio al respecto, lo que demuestra que dichos tribunales están procurando un mayor énfasis en el respeto de los derechos del niño, en especial a ser oídos, en los procedimientos ante tribunales de familia, aunque ello ocurre mayormente en aquellos en los menores de edad tienen un rol principal, como adopción, determinación de filiación y medidas de protección, lo que en mi opinión se debe a que son casos en los que tiene un rol procesal claro y definido, que permite que sean fácilmente identificables sus intereses y derechos en juego. Esto no es tan claro, por ejemplo, en casos de divorcio o más aún en aquellas causas que logran terminar por mediación o conciliación, en los que los niños no tienen participación.

Se desprende que hay una tendencia en los tribunales de familia a resolver de manera paternalista, considerando al niño como objeto de protección y sin injerencia en materias que le afectan, sin tener presente su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, sin reconocer que tienen derecho a ser oídos y la obligación del tribunal de no sólo oírlos, sino considerar debidamente su opinión, lo que implica una labor argumentativa especial en torno a ello, es decir, primero argumentar si fue o no escuchado, de ser

afirmativo lo primero, argumentar sobre cómo esta opinión juega con la prueba rendida en juicio y la ponderación que por tanto el tribunal le otorga. Lo anterior, el autor Jaime Couso lo atribuye a que los jueces que participan de este nuevo proceso de causas de familia son los mismos que trabajaban bajo el antiguo esquema de tratamiento a la infancia. Yo agregó que, además, hay una falta de un tratamiento a los temas de derechos de niños, niñas y adolescentes en forma independiente, un estudio de estos sujetos de derechos por sí solos y no en sus relaciones con otros miembros, ya sea de su familia, sociedad o Estado.

Si hubiese un mejor entendimiento del sujeto de derecho, sería más fácil identificar sus intereses y derechos y la forma en que deben conjugarse con los demás intervinientes. Este cambio debe venir desde la forma en que en las Universidades se enseña el tema, así como desde la forma en que el Estado los concibe, debiendo existir una ley de protección integral de derechos del niño, que reconozca de un modo transversal a todo procedimiento en que ellos participen, su calidad de sujeto de derechos y las implicancias prácticas que tiene, cuestión que sería de ayuda para los jueces al momento de resolver. Pero, finalmente, también debe haber un cambio de parte del poder judicial en la forma de enfrentarse a los menores de edad, en especial en aquellas causas en que siendo afectados como actores principales, procesalmente no son intervinientes. En este sentido, vemos que los tribunales superiores de justicia han tendido a reconocer que el niño debe ser oído como trámite esencial del proceso, que no debe ser objeto de medidas arbitrarias y paternalistas,

careciendo de contenido el interés superior del niño en esos casos. Considero que está avanzando en el tema, pero no con la rapidez que se requiere, más aún si nos comparamos con otros países, como mencioné, que ya discuten sobre la eutanasia en niños, que tienen ley de protección integral o códigos de la infancia, defensorías, etc.

Otro elemento que se aprecia del estudio realizado es que se confunde interés superior del niño con interés de la sociedad o la familia, particularmente visible en el caso Atala. Hay una errónea configuración el interés superior del niño, que ha llevado a que en atención a dicho principio, se tomen medidas arbitrales e impositivas sobre niños, niñas y adolescentes. La profesora Lathrop explica :

“(...) cabe destacar que los operadores del Derecho reconocen que quienes, primeramente, están llamados a darle contenido al interés superior del niño, niña o adolescente son sus padres y que sólo en subsidio de ellos estarían llamados los demás interventores del conflicto, sean los jueces, el Consejo Técnico, los peritos, los mediadores o los demás actores sociales que interactúan con el niño, niña o adolescente (...) Sin perjuicio de lo antes señalado, un magistrado estimó que los primeros llamados a darle contenido a este interés son los propios niños, niñas o adolescentes involucrados en la causa, ya que los padres o los abuelos, por regla general, buscarían proteger sus propios intereses y deseos (...) De esta forma, aplicar el derecho del niño a ser oído es un requisito esencial para determinar el interés superior del niño en el caso concreto”²⁹²

²⁹² LATHROP, Fabiola. 2013. El Cuidado Personal y la Relación Directa y Regular. Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la región metropolitana. Abeledo Perrot, LegalPublishing Chile. Santiago, Chile. pp. 58-59.

Esta información se complementa con la que luego nos presenta: en primera instancia un 55% de los casos, los jueces de familia nada dice respecto al derecho del niño a ser oído, cifra que aumenta a un 98% cuando vemos al tribunal de segunda instancia y Corte Suprema, y el 2% restante la voz de los niños se recupera a partir de los audios del tribunal de primera instancia o por otros medios de prueba, correspondientemente.²⁹³

Por lo tanto, en general, los tribunales no dan la oportunidad al niño, niña y adolescente de que puedan manifestar sus opiniones (en especial a los primeros, pues adolescentes, por su edad, son más proclives a ser escuchados), exigencia que viene desde el ordenamiento interno, como se expuso al principio del capítulo, pero también de instrumentos internacionales, consagraciones normativas que pierden todo sentido y eficacia si en la práctica se mantiene un sistema paternalista que implica tratar a niños, niñas y adolescentes como objeto de medidas judiciales y no como sujetos de derechos, con autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, y con voz dentro de los conflictos que a su familia afectan.

Sin embargo, niños, niñas y adolescentes suelen ser más oídos cuando son víctimas o cuando tienen alguna calidad procesal determinada dentro del proceso, lo que se puede deber a que en esos casos es más fácil determinar los intereses de los menores de edad y sus actuaciones en el marco del litigio al

²⁹³ Datos obtenidos en base a un total de 60 causas estudiadas por la autora. En LATHROP. 2013. Ob. cit. p. 64-65.

tener la calidad de parte. Así lo he corroborado, al entrevistar a dos trabajadoras de la Oficina de Protección de Derechos de la comuna de San Miguel, Carolina Lara, abogada, me explica que “Claramente cuando pueden comunicarse, cuando son lactantes o cuando son niños muy pequeños solamente basta con el informe de nosotros, a pesar de que no somos peritos, sí actuamos como una especial de ministro de fe, en cuanto se reconoce que sí nuestros informes son muy fidedignos y se confía mucho en el trabajo que hace el psicólogo y el trabajador social, no se duda de la veracidad del informe. Por eso a veces, basta con el informe y sin ninguna intervención ni con respecto al niño, e incluso ni de los adultos. A los adultos les preguntan otras cosas, pero no las que ya están contenidas en el informe (...) la tendencia es cada vez mayor a escuchar a los niños, por lo menos a la audiencias a las que he ido casi todas son de medidas de protección, y se ve todos los días, a cada rato.”²⁹⁴

Finalmente, en los casos en que se llega a un acuerdo entre las partes, ya sea por medio de transacción, acuerdo completo y suficiente, mediación o conciliación, los niños, niñas y adolescentes que se puedan ver afectados, no son oídos. Y los jueces tienden a aprobarlos sin considerar esta circunstancia. Así, las autoras Vargas y Correa dicen que “(...) si los adultos llegan a un acuerdo, el niño no es escuchado personalmente en audiencia alguna”²⁹⁵ y la

²⁹⁴ LARA, Carolina. 2014. Abogada Oficina de Protección de Derechos comuna San Miguel. OPD San Miguel. Ob. cit.

²⁹⁵ VARGAS y CORREA. 2011. Ob. cit. p. 197.

doctora Lathrop también explica que “Los abogados, por su lado, señalan que no toman en consideración la opinión del niño, niña o adolescente para la redacción del acuerdo regulador (...)”²⁹⁶ Por lo que es un aspecto relevante a considerar, pues la Convención de Derechos del Niño en su artículo 12 habla de “todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”. En el mismo sentido el abogado Juan Francisco Pinochet “A título personal, lo que he visto es que la participación que tienen los niños es bastante marginal, por no decir casi nula, yo te puedo señalar que cuando a mí me ha tocado hacer divorcios, y me ha tocado patrocinar divorcios de común acuerdo, que es donde se regula de forma anticipada estos temas, uno ve que hay adolescentes en esa regulación de relaciones, normalmente uno quiere escuchar al adolescentes, pero para ser franco, en mi caso, cuando son menores de diez años, casi nunca (...)”²⁹⁷

En síntesis, podemos ver que es posible recurrir a los Tribunales Superiores de justicia, bajo el argumento de i) haber faltado un trámite esencial en el proceso, que corresponde a oír al niño, a través de Casación en la Forma (ya sea entablado por la parte o de oficio) y ii) Como un elemento en el que sustentar un Recurso de Apelación. En este sentido, dichos Tribunales han

²⁹⁶ LATHROP. 2013. Ob. cit. p. 63.

²⁹⁷ PINOCHET, Juan Francisco (2014) abogado TyP Abogados Asociados y Jefe del Consultorio de Pudahuel de la Fundación de Asistencia Social y Legal de la Familia. Calle Estado 57, Santiago, Chile. 16 de Diciembre de 2014.

considerado las circunstancias de hecho para determinar si el niño, niña o adolescente debería haber participado, es decir y como se puede desprender de la jurisprudencia estudiada, se evalúa su edad y madurez, pero además la materia de la controversia, por ejemplo: si versa sobre la salud del niño o si es determinación de paternidad o adopción, casos en los que se ve claramente que el niño es principalmente afectado por la resolución y por tanto, por tal calidad, su opinión debe ser oída.

Sin embargo, y como lo deja ver el caso Atala, en áreas en las que los niños son sólo uno más de los afectados por la resolución de los casos, el énfasis se pone en los adultos, dejando de lado la posición del niño como miembro de la familia afectada, y en especial, como sujeto sobre el cual se toman decisiones sobre su cuidado personal, el pago de sus alimentos o sobre la relación directa y regular que tenga con el progenitor no custodio. Considero que en estos casos, aun cuando se conozcan en el marco de una acción de divorcio o separación, que son casos en los que típicamente se visualiza a los adultos por sobre a los niños, teniendo ellos la capacidad de generarse un juicio, deben ser oídos.

También es importante tener presente lo que expuse hacia el final de este apartado, hay diferencias importantes dependiendo de si la materia es Medida de Protección, en la que los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos tienen un carácter principal, o si se trata de otras materias

contenciosas, como alimentos, relación directa y regular, cuidado personal, etc. O si las partes llegan a un acuerdo directo entre ellas. La participación de los niños es mayor en las primeras, hasta llegar a ser casi nula en los últimos casos, lo que en mi opinión contraviene las directrices de Naciones Unidas en lo relativo a este derecho de los menores de edad, a saber: el niño debe ser oído si:

- Se tomará una decisión judicial o administrativa que le afecte.
- Tenga posibilidad de formarse un juicio, lo que se determina conforme al criterio conjunto de edad y madurez.
- No contravenga su interés superior.

CAPÍTULO IV: LA SITUACIÓN EN CHILE DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA.

Este capítulo tiene por objetivo establecer la situación actual en Chile del Derecho del niño a ser oído, dentro del procedimiento de familia, respondiendo así a la pregunta ¿Cuál es la situación actual en Chile, en cuanto a la protección del derecho del niño a ser oído, dentro del procedimiento de familia? Como se observa, es un capítulo de cierre que considerará las conclusiones obtenidas anteriormente para su realización y será la oportunidad para proponer modificaciones que lleven a mejorar la situación actual.

4.1 Ley y Práctica: ¿Realmente se escucha a los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia?

4.1.1 El reconocimiento y ejercicio de este derecho que hace la ley 19.968 (breve remisión al Capítulo II)

Como ya se ha mencionado, la ley de tribunales de familia reconoce a niño, niña y adolescente como sujeto de derechos, en este sentido, consagra como principio rector el interés superior del niño y su derecho a ser oído (artículo 16²⁹⁸). Si bien tal condición ya debía ser la realidad en nuestro país desde el 27

²⁹⁸ “Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Septiembre de 1990, fecha en que se publica en el Diario Oficial la Convención sobre los Derechos del Niño, generaba la dificultad de aplicar la lógica de la Convención por medio de una legislación con un marcado carácter paternalista. En este sentido considero que hoy, con la ley N° 19.968, en especial el artículo 16 y con la Convención de Derechos del Niño en relación al artículo 5 de la Constitución Política de la República, disposiciones como el inciso 1 del artículo 36 de la Ley de Menores: “Artículo 36. El Juez de Letras de Menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además, de los informes que solicite a los Asistentes Sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios.”²⁹⁹, se encuentran hoy derogada, toda vez que la referencia al Juez de Letras de Menores, en virtud del artículo 119 de la Ley N° 19.968, se entiende hecho al Juez de Familia, y por tanto al procedimiento que ante él se sustancie, siendo contrario dicho precepto a los principios formativos del nuevo procedimiento de familia.

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

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.” En CHILE. 2004. Ley 19.968. Última versión de 18 de Diciembre de 2010. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>> [consulta: Martes 7 de Enero de 2014]

²⁹⁹ CHILE. 1967. Ley N° 16.618. última versión de 5 de Agosto de 1999. [En línea] <<http://bcn.cl/1609>> [consulta: 6 de Enero de 2014]. Inciso 1 artículo 36.

En lo que respecta a la forma y oportunidad en que el niño, niña y adolescente es oído, del estudio realizado en el Capítulo II de este trabajo, se pudo concluir:

- Para las causas que deben substanciarse por procedimiento ordinario, en lo que respecta al derecho del niño a ser oído, se aplican los artículos 16 de la Ley N° 19.968 y la Convención de Derechos del Niño, disposiciones de las que se puede desprender la obligatoriedad de oír al niño y la de considerar debidamente sus opiniones en la solución del caso, lo que no implica que se deba resolver acorde a la petición del niño, sino que, en mi opinión, importa que el juez, en la sentencia, debe hacerse cargo en forma especial de la opinión del niño, dando argumentos de por qué será o no considerada, de qué forma, cómo se conjuga con la prueba rendida. O, también si fuese el caso, por qué el niño, niña o adolescente no ha sido oído, o por qué se ha optado por obtener sus opiniones por medio de representante o informe del Consejo Técnico; además, de dichas disposiciones se desprenden los criterios bajo los cuales el juez debe decidir si el niño será o no oído, y de serlo, si será personalmente o representado³⁰⁰. Así, no hay una regulación exhaustiva respecto de la oportunidad, forma, duración de la audiencia en su caso, número de veces, en presencia de quien(es): sólo ante el juez, abogados de las partes, miembro del consejo técnico, etc. Todos estos elementos deberá determinarlos el juez que

³⁰⁰ Criterios descritos en el Capítulo II, y son: Edad y Madurez; Que pueda formarse un juicio propio; Interés Superior del Niño; Que pueda verse afectado por la resolución del Tribunal.

conoce de la materia, para el caso específico. Las autoras Correa, Vargas, Barros y Cerda, por medio de un estudio empírico, determinaron que en caso que el niño sea oído, se realiza en una “audiencia reservada con el niño”, explican que “Utilizamos la expresión de “audiencia reservada” para referirnos a aquella a actuación procesal en que el juez se reúne con el niño y lo entrevista. Como vimos, ello ocurre habitualmente en el marco de una audiencia preparatoria o de juicio, caso en el cual el niño es oído antes o después de ésta y sin la presencia de las partes. Rara vez los niños son escuchados en audiencias destinadas exclusivamente para este fin y en horarios distintos, se trata más bien de una actuación accesoria (...) Normalmente se verifica por una sola vez y no habilita al niño a efectuar ningún tipo de gestión en el proceso (...)”³⁰¹

- Hay una regulación más exhaustiva en el procedimiento especial “De la aplicación judicial de medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes” (artículos 69, 72 y 73 Ley N° 19.968). Este señala que debe tenerse en cuenta las opiniones de niños, niñas y adolescentes, en atención a su edad y madurez; que la oportunidad será en la audiencia preparatoria del artículo 72, audiencia de juicio (artículo 73) o una audiencia especial para tal efecto; en un medio adecuado, cuidando su integridad física y psíquica. Este tratamiento se debe a

³⁰¹ VARGAS, M. CORREA, P., BARROS, P. y CERDA, A. 2010. “Informe Final Estudio: niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia”. Universidad Diego Portales y UNICEF. Santiago, Chile. [en línea] < http://www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=8> [consulta 6 de Enero de 2014] p. 132.

que se trata de un procedimiento en el que el menor de edad es víctima y se le aplicarán medidas de protección.

- Para la mediación, también se contempla en forma expresa la posibilidad (como facultad y no deber) del mediador, se citar al niño, niña o adolescente, sólo si su presencia es estrictamente necesariamente. Esta regulación restrictiva, no se condice con los parámetros de la Convención sobre Derechos del niño por lo que considero que el mediador tiene el deber de oír al niño, lo que significa que debe realizar el examen de si es procedente o no oírlo en el caso, esto es, evaluar los criterios para que el niño sea oído: edad y madurez, al interés superior del niño, que pueda formarse un juicio propio, se vea afectado por la decisión que allí se acuerde.

Además, con la regulación que da la Ley de Tribunales de Familia, permite configurar el oír al menor de edad como un trámite esencial del procedimiento, que no puede ser limitado injustificadamente, existiendo, por tanto, la posibilidad de recurrir de casación en la forma, en tal caso. Se estudió el caso de “Milka Segal Osacuk con Alfredo Levi Czerny” que corresponde a un recurso de Casación en la Forma, oportunidad en la que la Corte de Apelaciones de San Miguel reconoce que en virtud del artículo 16, oír al niño es un trámite esencial.

Para finalizar, considero que la ley es insuficiente, pues si bien presenta las características mencionadas, es débil en la regulación de aspectos claves para

una ley procesal. Como se tratará en el último punto, de propuestas, considero que la mención del artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, es más adecuada para una ley que regule en términos generales los derechos de los niños, una con carácter transversal y aplicable a todo procedimiento; pero una ley que regula el proceso bajo el cual se sustancian las causas de familia, debe hacerse cargo de³⁰²:

- Oportunidad en la que se oirá al niño, niña o adolescente, así como las veces. Sobre esto último, se debe evitar la sobre interrogación del niño, por lo mismo creo que la regla general debiese ser de una sola vez por instancia. Si fuese necesario podrá haber un máximo tres o cinco veces, no más que eso³⁰³, en este sentido, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N°12 ha explicado que “(...) el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de “escuchar” a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos”³⁰⁴

³⁰² Entendiendo, que sí hace alguna de esta menciones para casos de procedimiento especiales, como el “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes”, como se explicó en el Capítulo II. Por lo que estas críticas van especialmente dirigidas, aunque no únicamente, al procedimiento ordinario.

³⁰³ N. del A. En el Capítulo II también se trató el proyecto que pretende modificar la Ley 19.968 y el Código Procesal Penal respecto de la declaración video grabado de menores. Boletín N° 7538-07.

³⁰⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. pr. 24.

- Personas que deban estar presente en ellas. En mi opinión, la ley debiese regular, para el caso en que el niño, niña o adolescente sea oído por el tribunal³⁰⁵, que deba ser ante el Juez, miembro del Consejo Técnico que pudiese colaborar en este diálogo y que además debiese estar el representante del niño, niña o adolescente, que no sea su padre o madre. Es decir, curador ad litem, en caso que proceda. La presencia de los padres, cuando se trate precisamente de algún litigio que los confronte, puede generar una presión que para el niño sea adecuada. Pero si se trata de algún otro procedimiento, en que el madre y/o padre que tenga la patria potestad, puede representar a su juicio, y éste no sea a la vez parte de la causa, podría estar presente.

Si el niño, niña o adolescente, será oído representado, bastará la presencia del juez.

- En un ambiente especialmente acondicionado para ello. Creo que si la ley reconociera este elemento, sería una forma de asegurar los recursos para estas salas especiales. Hoy se está avanzando en este sentido, por medio de la implementación de las Salas Gesell.

- Duración. La ley debiese establecer un margen de tiempo de duración, que el juez maneje y atendidas las circunstancias extienda a su máximo o más bien lo limite al mínimo. Por tales circunstancias me refiero en atención al niño, niña o adolescente.

³⁰⁵ N. del A. Con esto me refiero a que la opinión del niño, niña o adolescente se obtenga directamente y por medio de una entrevista con el juez.

Con esta regulación más exhaustiva se establecerían parámetros iguales para todo niño, niña y adolescentes en el ejercicio de este derecho, cuestión que no ocurre si es cada juez el llamado a resolver estos aspectos, quedando así sujeto el ejercicio del derecho, no sólo al criterio del juez, cuestión que no considero sea de tal gravedad, siempre que se fundamente cada decisión que al respecto tome, sino también a los recursos y tiempo del tribunal (cantidad de audiencias que tenga que ver en determinado día), variables que no deben influir.

Sin embargo, no se puede dejar de advertir que los cambios legislativos son sólo un paso necesario, pero no el único que debe darse. En este sentido “Una de las enseñanzas que pueden extraerse de la evaluación del estado de situación de la niñez a 20 años de la Convención es que la inclusión de los derechos en los textos legales es un paso necesario pero no suficiente para garantizar su efectivo ejercicio”³⁰⁶ pues “Existen una serie de inercias institucionales y culturales que hacen que 20 años después aun permanezca vigente la representación social del niño como un bien a tutelar y controlar (...)”³⁰⁷

³⁰⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS e INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. Ob. cit. p. 25.

³⁰⁷ *Ibíd.*

4.1.2 Cómo los tribunales de justicia “debidamente consideran las opiniones del niño” (breve remisión al Capítulo III)

Como se estableció anteriormente, el juez debe tomar decisiones fundamentales, dada la escasa regulación de la ley, sobre el ejercicio del derecho del niño a ser oído en los procedimientos de familia que ante él se sustancien. Sabido es que las lagunas normativas deben integrarse por medio de principios, los que en este caso pueden ser extraídos de la misma Convención sobre Derechos del Niño, pero no sólo eso, como explica Barcia, los principios también juegan otro rol: “El derecho de la infancia moderno exige que los jueces apliquen las normas sólo en la medida que ellas sean fieles a los principios en que se sustenta el ordenamiento jurídico. Esta es la forma de entender el Derecho moderno en el cual los principios no sólo juegan como criterios de integración (...), sino que los principios determinan el ámbito de aplicación de las normas. Esta es la técnica que se utiliza en la LMC (...), en la LTF y fundamentalmente en la CNUDN.”³⁰⁸ Por lo tanto, toda integración, interpretación y aplicación de las normas deberá ser conforme a los principios y derechos reconocidos por la Convención.

Considerando que el derecho del niño a ser oído implica tres aspectos, lleva a decir que:

³⁰⁸ BARCIA, Rodrigo. 2011. “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”. Editorial Legal Publishing / Thomson Reuters. Santiago, Chile. p. 370.

i. El niño tiene derecho a ser informado, para poder decidir si quiere ser o no oído. El Dr. Ricardo Pérez explica que “Se impone el deber de informar a los niños, haciéndoles saber su derecho de participación. Se los debe invitar a participar y explicar los medios y facilidades que el sistema jurídico les ofrece para cumplir con tal participación. Debe reconocerse plenamente su derecho a participar en los procedimientos.”³⁰⁹

ii. El derecho a decidir libremente si quiere o no expresar su opinión.

iii. El derecho a, finalmente, ser oído en caso que así lo haya querido. A lo que se suma seguidamente la obligación de tomar debidamente en consideración su opinión.

Por lo tanto, el juez debe: a) Informar y b) Escuchar, en caso que el niño, niña o adolescente haya decidido ello. La información, en mi opinión, puede ser transmitida por algún miembro del Consejo Técnico, que de apoyo integral al menor de edad. La obligación de escuchar corresponde al juez, y además debe tener “debidamente en cuenta las opiniones” como dice la Convención en el artículo 12 y debe ser la “consideración principal en la resolución del asunto” como exige el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia. Considero que estos dos elementos, implican que el juez debe argumentar con especial cuidado, en un considerando, haciéndose cargo de:

³⁰⁹ PÉREZ. Ob. cit. p. 256.

- Si el niño, niña o adolescente no fue oído, señalará por qué: por decisión propia o del tribunal, si es la segunda, por qué se ha llegado a esa decisión, en base a qué argumentos. Si su opinión se expresa indirectamente, señala por qué se ha optado por esta vía.

- Si el niño, niña o adolescente fue oído, personalmente o indirectamente (representado o por informe del Consejo Técnico) señalará brevemente lo expuesto por él, cómo se conjuga con la prueba rendida, y cómo configura su interés superior y el razonamiento que sobre ello ha realizado. Además, pronunciarse sobre la ponderación que realiza la opinión, pues “la autoridad debe valorarla según la posibilidad que tenga el niño de formarse un juicio propio, atendiendo a su edad y madurez, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.”³¹⁰

Sin embargo, la práctica nacional se aleja de estas expectativas. En el Capítulo III, se obtuvo una aproximación a la forma en que los tribunales consideran las opiniones del niño. Se concluyó que niños y niñas no suelen ser oídos por los tribunales de familia, en caso de hacerse, se prefiere la vía del informe de Curador ad Litem, mientras que los adolescentes suelen tener una

³¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. “Opinión Consultiva OC-17/2002” [En línea] < www.cidh.oas.org/Ninez/OC-17/.../Opinion%20Consultiva%2017.doc > [consulta 9 de Enero de 2014] p.18.

participación más directa en la causa³¹¹. No se argumenta por parte del juez, las razones por las cuales no ha sido oído el menor de edad, en caso de que así fuese; así como no se argumenta la elección del mecanismo por el cual ha sido oído y cómo se considera su opinión en atención a la prueba rendida. A lo mismo también se he llegado por otros estudios, así, en el trabajo “Informe Final Estudio: niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia” las autoras concluyen que “(...) salvo casos excepcionales detectados principalmente a través de la observación de audiencias, la consideración de su opinión en las resoluciones judiciales es muy baja, el material revisado no entrega elementos para conocer el contenido de la opinión del niño ni la ponderación que el juez hace de ella al momento de resolver.”³¹²

Los jueces cuando deciden no oír a un niño, no realizan una argumentación sobre ello, en base a los elementos que deben considerar conforme a la Convención y Ley de Tribunales de Familia, tampoco lo hacen cuando dicen recuperar la opinión por medio de informe del Consejo Técnico, no se sabe por qué se ha optado por esta vía. Sin perjuicio de ello, por medio de recursos los

³¹¹ N. del A. Sin perjuicio de ello, considerar que el ejercicio de ese derecho se realiza en forma dificultosa tanto para niños y niñas como adolescentes, quedando entregado a la decisión que tome el magistrado, y luego a la forma que éste también determine. Finalmente no se cuenta con la infraestructura adecuada para ello. Es importante recalcar que la exigencia de Naciones Unidas, apunta a que sea el sistema judicial el que se acomode a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes y no ellos al sistema existente.

³¹² CORREA, Et. Al. Ob. cit. p. 131.

tribunales superiores han conocido estas causas y realizan hincapié en la circunstancia que el niño, niña o adolescente no ha sido oído.

Esta situación genera la existencia de dos realidades para niños, niñas y adolescentes que se ven involucrados en procedimientos de familia respecto de su derecho a ser oído, por un lado, el plano normativo, que ha incorporado a la Ley de Tribunales de Familia en forma expresa el derecho del niño a ser oído como principio rector, además, en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República, se acogen en nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones de la Convención de Derechos del Niño y con preminencia al tratarse de una convención sobre derechos humanos. Por otro, lo que ocurre en la realidad, en la práctica, cuando el juez se enfrenta a un caso, la voz de los niños es silenciada, siendo lo más común el recuperarla en forma indirecta y siendo muy extraño la entrevista directa con el niño, niña o adolescente.

Como se advierte por el Instituto interamericano del niño, niña y adolescentes “Se reconoce por parte de una amplia mayoría de los Estados la existencia de una distancia entre normativa e implementación de acciones. Esta observación nos lleva a plantearnos el riesgo de una “normatización” de la participación, en términos de precepto jurídico separado de la vida real. Se trata del riesgo de reducir el derecho a la participación a una instancia en

procedimientos jurídicos y administrativos, un derecho incluido en los textos legales pero que no se ejerce en la vida cotidiana.”³¹³

En resumen, si bien nuestra legislación ha ido avanzando en este tema reconociendo el derecho del niño a ser oído en la Ley N° 19.968, pero también en la ley de adopción, disposiciones del Código Civil (artículo 225-2 y 227 inciso 1) y ley de matrimonio civil, en la práctica, cuando se debe ejercer este derecho, niños, niñas y adolescentes se encuentran frente grandes dificultades, y quienes tienen la labor de integrarlos al proceso fallan, ya sea por falta de habilidades o conocimientos, a lo que se agrega la falta de infraestructura apta para lograr el ambiente adecuado para ellos. Hay que recordar que no son los niños o adolescentes quienes deben adaptarse a la participación en los procedimientos, sino que éstos deben ser pensados y llevados a cabo de una manera especial, que ha sido descrita a lo largo de este trabajo, que acoja a los menores de edad dentro de ellos.

4.1.3 El rol del niño, niña y adolescente en el procedimiento de familia y en la solución del conflicto de familia.

Se podría objetar que el hecho de que el niño, niña o adolescente participe en la solución de un conflicto de familia, sería más bien un despropósito para él, que algo beneficioso. Opino que la participación de ellos en estos

³¹³ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS e INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. Ob. cit. p. 72.

procedimientos, es considerarlos como sujetos de derechos y en particular, como sujetos dentro de la familia, cuyos intereses deben ser conocidos y ponderados en la solución del asunto. En este sentido, considero acertada la opinión de abogada y mediadora Isabel González “La necesidad de informar y escuchar al niño dentro de un proceso de resolución de conflictos familiares refleja el reconocimiento a su calidad de persona por parte del ordenamiento jurídico, potenciando sus valores personales, lo que se ha llamado “revalorización del menor en su calidad de persona”, como dice Riveros Hernández.”³¹⁴

Es importante tener presente que bajo ninguna circunstancia el niño, niña o adolescente es el llamado a resolver el asunto, cuestión que se ve claramente cuando él participa en el proceso como víctima, ya sea en el procedimiento de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, o en violencia intrafamiliar, lo mismo ocurre en los casos de alimentos, relación directa y regular, filiación, entre otros. Así, la opinión el niño no es necesariamente vinculante para el juez, en el sentido de que deba adoptar como decisión del asunto lo expresado por el menor de edad, pero en todo caso debe considerarla en la sentencia, señalando el valor que le da, por qué y cómo conjuga con la prueba rendida. Digo que no es “necesariamente” vinculante, pues considero que en algunos supuestos sí debiese serlo, o por lo menos

³¹⁴ GONZÁLEZ, Isabel. 2012. “Participación de los niños (as) en la solución de los conflictos de su familia”. En Blog La Tercera [En línea] < http://blog.latercera.com/blog/igonzalez/entry/participaci%C3%B3n_de_los_ni%C3%B1os_as > [consulta: 7 de Enero de 2014]

tener un mayor peso que el habitual, como el caso en que se aplique una medida de protección. Considero que el niño, niña o adolescente debiese pronunciarse sobre la que más le acomode para mantener el desarrollo normal de su vida, ya sea personalmente (cuestión que es más probable en adolescentes) o representados (representación que considero debe ser de un abogado) Sin embargo, creo fundamental tener presente las palabras de la autora Aída Kemelmajer, quien explica que “el menor no debe ser colocado en el centro del proceso; esa posición, además de ser excesiva, sería francamente perjudicial para el menor; se trata, simplemente, de darle *su lugar*”³¹⁵ (sic)

Es necesario aquí recordar que el artículo 12 de la Convención, señala “el derecho de expresar su opinión libremente”³¹⁶, y en este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que “Libremente significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado”³¹⁷ y agrega que “el derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño”³¹⁸ Así, para que sea una decisión libre, primero debe proporcionársele la información que sea necesaria, como los efectos de que

³¹⁵ KEMELMAJER. Ob. cit. p. 173.

³¹⁶ ONU. 1990. Convención sobre los Derechos del Niño. Ob. cit. Artículo 12.

³¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 22.

³¹⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Ob. cit. pr. 25.

decida ser oído, como que no decida tal opción, en qué consiste, de qué forma se lleva a cabo, entre otros; además, en abstracto, ambas opciones (ser oído y no serlo) deben verse como equivalentes, para que en el ejercicio de ponderación del propio menor de edad, se incline la balanza de acuerdo a su convicción. Para efectivamente haya libertad en esta opción, el niño, niña o adolescente debe hacer su propio ejercicio ponderación de los elementos que se le presentan, así como el juez realiza el suyo de acuerdo a los criterios que debe considerar para determinar que no implica un menoscabo para el niño ejercicio de este derecho, sentido en que el interés superior actúa como límite.

Por lo que todo lo dicho en este trabajo se enfoca a lograr que en nuestro país exista efectivamente, en la realidad, la posibilidad que el niño, niña o adolescente elija, es decir, que por su voluntad, libre de presiones e informado, decida si quiere o no ser oído en el proceso. Si no es su voluntad manifestar su opinión, bastará con el juez, en la sentencia, haga mención a este hecho. Si por el contrario, desea ser oído, es el aparato jurisdiccional el que debe adaptarse al niño y cumplir con las obligaciones que la Convención y la Ley de Tribunales de Familia imponen en la materia, para que haya un efectivo ejercicio de este derecho. Considero que no hay una verdadera opción para el niño, si no están los medios adecuados para que en caso que elija ser oído, esto lo haga en un ambiente apto, con funcionarios preparados y en especial, que sea considerada esta opinión, y no sea sólo cumplir con diez o quince minutos de conversación con el menor de edad.

En resumen, hoy en Chile este derecho tiene aún un marcado carácter paternalista, que creo encuentra su causa, en el hecho de que la legislación no hace mención expresa a ciertos elementos, ya explicados, que son esenciales para el ejercicio de este derecho, por lo tanto, el juez en el caso deberá decidir sobre estos elementos, y al momento de hacerlo se ve influenciado por su propio criterio sobre el asunto, por lo que, si se trata de un juez que ya trabajaba en los antiguos Juzgados de Menores, puede tener una visión sobre cómo resolver estos aspectos distinta al espíritu de la nueva ley, por otro lado, pueden influir también los recursos y tiempo del tribunal para llevar a cabo efectivamente una entrevista con el niño, niña o adolescente.

Con el primer aspecto, sobre la visión del juez, me refiero a que aún hay una interpretación paternalista y proteccionista de las disposiciones de la Convención, por cuanto se aprecia en la jurisprudencia estudiada, que hay una tendencia a tratar a los niños, niñas y adolescentes como objeto de las medidas jurisdiccionales, en las que se trata de dilucidar su interés superior, desde la perspectiva de los adultos intervinientes, en este sentido me llama mucho la atención el caso del niño R.L.G.R. conocido por la Corte de Apelaciones de Valdivia, y estudiado en el Capítulo III, donde en primera instancia la jueza impone la amputación y tratamiento de quimioterapia a un niño. Creo que de las causas que conocen estos tribunales, no son muchas las veces en que se ve tan directamente el interés del niño, la disposición sobre él, sobre su salud y vida, y la decisión de primera instancia realiza una interpretación totalmente

contraria al espíritu de la ley de tribunales de familia en la materia, así como de la Convención, aun cuando en la resolución expresamente menciona que en virtud de ambos instrumentos llega a dicha conclusión. Hay una confusión entre el interés superior del niño, con el de la sociedad, de la familia, del padre o madre, y como ya he mencionado, el medio para lograr dilucidar cuál es el interés superior del niño en un caso, es precisamente oír al niño.

Finalmente, concuerdo con lo que propone la Dra. Diana González “El desafío, en definitiva, consiste en adecuar el ámbito judicial, para que permita la inclusión de personas diferentes al modelo según el cual fue construido”³¹⁹

4.2 Estándares internacionales en relación al derecho del niño a ser oído en cuanto derecho fundamental.

En el Capítulo I se ha tratado en extenso el cambio de paradigma que ha implicado la Convención sobre Derechos del Niño en su concepción en la sociedad, frente al Estado y familia, así “Expresado en pocas palabras, cabe decir que la Convención termina con aquella concepción del niño como propietario-no-ciudadano para afirmar una concepción del niño como

³¹⁹ GONZÁLEZ, Diana. 2002. “La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia” En UNICEF, revista “Justicia y Derechos del Niño”, Argentina [En línea] <www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/.../Lectura24.participacion.pdf> [consulta 8 de Enero de 2014] p. 11.

ciudadano-en-desarrollo”³²⁰ Por lo tanto, las exigencias internacionales en la materia, se enfocan a que se respeten y permitan, en la práctica, el pleno ejercicio de los derechos humanos de los niños, los que se contemplan no sólo en la Convención, sino que en todo instrumento que reconoce derechos “a todos los hombres”, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros que complementan y colaboran al entendimiento de los derechos que la Convención de Derechos del Niño consagra especialmente para ellos.

En lo que respecta al derecho del niño a ser oído, es importante ver su vinculación con otros derechos humanos para comprender mejor su importancia. Como se estudió en el Capítulo I, algunos autores proponen una estrecha vinculación entre derecho a defensa y el derecho del niño a ser oído, se mencionaba en este sentido al Dr. Ricardo Pérez, quien considera sobre el artículo 12.2 de la Convención que “Se identifica tal aserto con el principio del derecho a la defensa material, que supone no sólo el derecho a ser oído, expresar su opinión, sino en el sentido más lato de ser partícipe del proceso (...)”³²¹, y sobre la frase “ya sea directamente o por medio de un representante

³²⁰ HIERRO, Liborio L. “El Niño y los Derechos Humanos” En CAMPOY, Ignacio (editor). 2007. “Los Derechos de los Niños. Perspectivas Sociales, Políticas, Jurídicas y Filosóficas” Editorial Dykinson. Madrid, España. p. 27.

³²¹ PÉREZ. Ob. cit. p. 254.

o de un órgano apropiado” que utiliza el artículo 12 para referirse a las formas en que podrá participar el niño, dice que “Aparece así consagrado el derecho a la defensa técnica por parte de los niños lo que significa la necesidad de asignar al niño – en el proceso de participación en la construcción de las decisiones que los afecten – la asistencia jurídica necesaria para intervenir útilmente en el proceso”³²². En el mismo orden de ideas, Jaime Couso determina que “De hecho, la garantía de la defensa técnica (mediante la designación de un abogado del niño), como medio para asegurar el derecho a la defensa material (el derecho a ser oído), viene reconocido por la Convención de los Derechos del Niño, y por los demás instrumentos internacionales de derechos humanos.”³²³ Desde otra perspectiva, Wills lo trata como uno de los derechos que “estimamos directamente relacionados con ese propósito de incorporar a los menores de edad a la ciudadanía activa (...)”³²⁴. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le reconoce el carácter de angular para el respeto del debido proceso y en especial en el derecho a defensa, en este sentido ha expresado que “El derecho del niño a ser oído contempla la

³²² PÉREZ. Ob. cit. p. 256.

³²³ COUSO. Ob. cit. p. 158.

³²⁴ WILLS, Lourdes. 2009. “La incorporación progresiva de los niños a la ciudadanía activa” En VILLAGRASA, Carlos y RAVETLLAT, Isaac (coordinadores). 2009. “Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Editorial Bosch. Barcelona, España. p. 114.

oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Este elemento es angular para el debido proceso del niño, a fin de que 'sea leído como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tomada en cuenta, de modo de considerar que lo que él o ella consideren respecto al problema de que está involucrado'”³²⁵

Precisamente la Ley de Tribunales de Familia nace como respuesta a las exigencias internacionales, pues ya en 2002 el Comité de los Derechos del Niño hacía un llamado a considerar sus opiniones en las decisiones en el ámbito de familia, así:

“El Comité Observa con preocupación que, debido a las actitudes tradicionales y paternalistas que aún están muy extendidas en el país (...) no se les escucha ni se tiene debidamente en cuenta su opinión al adoptar decisiones que les atañen en el ámbito de la familia (...) recomienda al Estado Parte que adopte medidas para que se tengan en cuenta las opiniones de los niños, de conformidad con el concepto de evolución de sus facultades, en todos los asuntos que les atañen; en particular en los procedimientos judiciales y administrativos, e integre este principio en la nueva legislación (...)”³²⁶

El mismo llamado sigue presente en las Observaciones Finales al Tercer Informe enviado por Chile de 2007, el Comité analizando el respeto a las opiniones del niño ha dicho que:

³²⁵CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. p. 23.

³²⁶COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2002. En UNICEF y OHCHR.2004. “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2004)”. Santiago, Chile. p. 124-125.

“(…) recomienda que el Estado Parte promueva, facilite y aplique, dentro de la familia, las escuelas, la comunidad y las instituciones, así como en los procedimientos judiciales y administrativos, el principio del respeto de la opinión del niño, y promueva y facilite la participación del niño en todos los asuntos que le afecten, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención, teniendo en cuenta al mismo tiempo las recomendaciones aprobadas por el Comité tras el día de debate general en 2006 sobre el derecho del niño a ser oído.”³²⁷

Por lo tanto, aún queda camino para Chile. La reforma legislativa es sólo el principio del cambio, pues igual de importante es que el trato de la sociedad a niños, niñas y adolescentes cambie. Cuestión que para el tema que estudio se plasma directamente en la forma en que el juez se va a relacionar con el niño en el estudio de un caso en el que pueda participar. El hecho que existan mecanismos y que estos sean respetados, para recuperar la voz de niños, como se estudió, configura y se relaciona con una serie de derechos humanos, que permiten al niño, niña y adolescente, ir configurando su participación como ciudadano del mañana. Especialmente, que pueda ser partícipe dentro del proceso judicial de familia es considerarlo como miembro válido, importante y en un plano de igualdad, respecto de los demás que conforman dicha familia. Además, y aún con mayor relevancia, su opinión sobre la aplicación de medidas directamente sobre él, como por ejemplo medidas cautelares y sanciones por procedimiento contravencional, que tomen los tribunales de familia, es la reivindicación de su calidad de sujeto de derechos.

³²⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2007. “Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Chile.” Ginebra, Suiza. [En línea] <<http://acnudh.org/2007/04/comite-de-los-derechos-del-nino-crc-chile-2007/crc-chile-2007/>> [consulta: 8 de Enero de 2014.] p. 7.

Para finalizar, y a modo de resumen a lo expresado en los apartados anteriores, se presenta el siguiente cuadro:

	CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL NIÑO	LEY N° 19.968 (LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA)	JURISPRUDENCIA
Naturaleza jurídica	Uno de los cuatro principios generales de la Convención, lo que implica que no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos (Observación General N°12 pr. 2)	Principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento (artículo 16)	Trámite esencial (recuso casación en la forma)
Criterio para determinar su participación	Esté en condiciones de formarse un juicio propio (edad y madurez) y en todos los asuntos que le afectan (sentido amplio) sea en procedimiento judicial o administrativo (Observación General N° 12 pr.2 , 20 y 26)	Dependiendo de su edad y madurez (sólo mencionado en el artículo 69, dentro del procedimiento especial de medidas de protección)	En la práctica se aprecia que en aquellas materias en la que niños, niñas y adolescentes son víctimas o tienen una vinculación directa con la causa, por ejemplo, determinación de filiación, son oídos. Además edad (adolescentes por sobre niños o niñas)

Infraestructura	Se recomienda en lugar adecuado y cómodo de modo que los niños, niñas y adolescentes se sientan integrados y puedan expresarse con libertad. (Observación General N° 12)	No regula la infraestructura ni ambiente en que deban ser oído los menores de edad. Sin perjuicio de ello se han llevado a cabo avances en la materia como la implementación de salas Gesell y perros de ayuda. Además de estar en tramitación de ley que permitirá la entrevista video grabada, de modo de evitar la entrevista excesiva.	En este sentido, claramente no hay manifestación jurisprudencial. Sin perjuicio de ello, del estudio realizado puedo concluir que hay preocupación por parte de los magistrados de familia de evitar enfrentar, especialmente al niño y niña, al ambiente que se vive en tribunales (que no está adaptado para estos usuarios). Privilegiando la entrevista con el Consejero Técnico. Además se usan las Salas Gesell para casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.
------------------------	--	---	--

4.3 Propuesta de cambios.

a. Complementar la figura del “Curador ad litem” por un “Abogado del niño”.

Si consideramos, y lo hago, que el derecho del niño a ser oído es manifestación del derecho a defensa, implica la necesidad de asistencia letrada para la adecuada representación de sus intereses en juicio. Para la Doctora en

Derecho Maricruz Gómez de la Torre, el derecho del niño a ser escuchado implica ser representado, en este sentido explica que “la actuación de él (el niño) va a ser que se le escuche, pero también que se le represente (...)”³²⁸ Efectivamente, el Comité de Derechos del Niño, recuerda que “El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.”³²⁹

La propuesta que hago apunta a que, por regla general, todo niño, niña o adolescente tenga acceso a un abogado, por cuanto la figura del “curador ad litem” es propia para la representación en juicio de personas incapaces, y ya se ha dicho que los menores de edad son capaces en el ejercicio de sus derechos fundamentales (autonomía progresiva), por lo que la figura adecuada sería la de un abogado. El autor Dr. Pérez explica que “El curador por su propia definición defenderá el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando

³²⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2013. Ponencia en “Coloquio Un análisis de funciones del Curador ad Litem” Universidad Mayor. Santiago, Chile. [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=CwR7NGGXUeM>> [consulta: 4 de Septiembre de 2014]. Minuto 10:00.

³²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Ob. cit. pr. 96.

mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión, Se vuelve un sucedáneo de los representantes tutelares de los niños”³³⁰ Por eso creo que excepcionalmente se podrá recurrir a la figura del “Curador ad litem”, en caso que las características personales del niño lo hagan necesario, por ejemplo, en caso de enfermedades mentales o corta edad del niño que impida una manifestación clara de sus intereses (en especial lactantes).

La autora argentina Diana González, afirma que “Todo niño/a o adolescente, entonces, tiene derecho a ser oído en Sede Judicial, y por tanto, a ser parte en el proceso judicial correspondiente y a contar con el patrocinio letrado, en tanto persona con todos los derechos conferidos por nuestra Constitución (Argentina) a todos los habitante del país, cualquiera sea su edad.”³³¹ Jaime Couso opina que “(...) es indispensable ofrecer defensa jurídica autónoma al niño, para garantizar su derecho a participar en la toma de decisiones en sede de tribunales de familia. El involucramiento del niño en las diversas etapas del proceso exige estar permanentemente informado del curso del proceso, incluso de las decisiones “de mero trámite” (...) y tener la oportunidad de intervenir en la configuración de esas decisiones, todo lo cual es impracticable sin una

³³⁰ PÉREZ. Ob. cit. p.256.

³³¹ GONZALEZ, Diana. Ob. cit. p 10.

representación sin una representación técnica de sus intereses en el mismo juicio.”³³²

Por lo tanto, es necesaria una reforma a la Ley de Tribunales de Familia que complemente la figura del curador ad litem. Así, regla general cuando el niño no pueda ser representado por el padre y/o madre que tenga la patria potestad, o persona designada para ello, por haber intereses contrapuestos, se debe designar un abogado del niño; sin embargo, cuando por las cualidades personales del niño, no permitan la manifestación de sus intereses a su abogado, deberá contar con la representación de un Curador ad litem que hable en su nombre.

Desde la perspectiva de los niños y adolescentes, contar con un adulto que se dedique exclusivamente a representar sus sentimientos y pensar en el proceso, es muy relevante para incluirlos en ellos. Sin embargo, hay que diferenciar la forma en que se trata y se transmite la información a niños y niñas de adolescentes, en este sentido el abogado Juan Francisco Pinochet, explica al preguntarle sobre la recepción de los menores de edad ante él en su rol de Curador ad Litem, que “en general, cuando son adolescentes la recepción de los adolescentes no es mala. En el caso de los niños es más complejo porque no entienden mucho la función que uno está desarrollando. Lo que yo he podido percibir, no me lo han dicho, pero lo yo percibo, es que el niño cuando está en

³³² COUSO. Ob. cit. p. 158.

un escenario tan complejo, ve de alguna forma amenazada su integridad en el futuro, entonces desconfía de todos los adultos que no conoce.

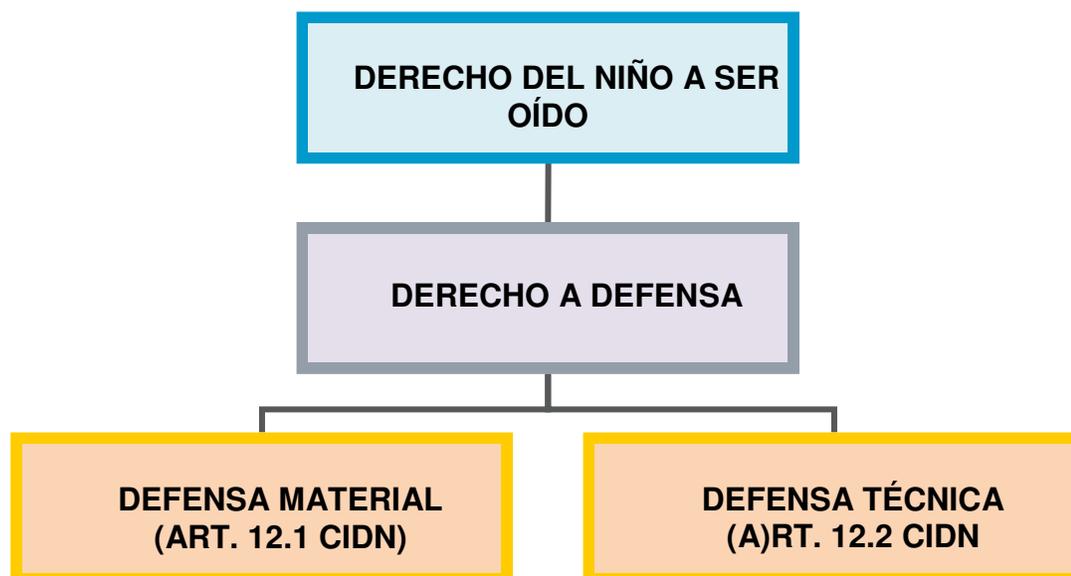
Particularmente los adolescentes, de 13-14 años, más que nada saber qué es lo que uno va a hacer, va a decir, ellos ya entienden más o menos la función, y si no la entienden se les explica, entonces tienen una capacidad como para saber la función que se está cumpliendo y para qué uno está ahí.”³³³

Me parece importante responder a una pregunta que puede surgir inmediatamente al tratar este tema, a saber, ¿cómo se concilian las distintas representaciones de los menores de edad (el o los padres con patria potestad, curador ad litem y abogado del niño)? Para responder esto, me baso en el caso argentino³³⁴, en el que los menores de edad cuentan con estas diversas representaciones. Para luego responder cómo lo resuelvo para el caso chileno.

Primero es necesario tener presente, del Capítulo I, lo siguiente:

³³³ PINOCHET, Juan Francisco. (2014) Ob. cit.

³³⁴ N. del A. Elegí a Argentina como modelo comparado, pues tuve la oportunidad de asistir al Pre-Congreso de derechos del niño de 21 de Octubre de 2014, en la Universidad San Sebastián, donde la Dra. Úrsula Basset realizó una clase magistral en la que trató las diversas representaciones con las cuentan los menores de edad de ese país.



En este marco, es posible justificar la existencia de un abogado del niño, a partir del derecho a defensa técnica, manifestación del derecho del niño a ser oído, toda vez que opte por actuar representado. Cuestión en la que se deberá considerar por el menor de edad, y por tanto, debe ser informado sobre el procedimiento, el carácter que tiene en él, la importancia de su opinión y/o participación en él. Con lo anterior, quiero decir, que bastará con ser oído, en procedimientos en los que si bien la decisión a tomar le afecte, no requiera una participación activa de él, como en caso de divorcio de común acuerdo se presenta a aprobación en acuerdo completo y suficiente, en el que los padres deben haber velado por el resguardo de los derechos de sus hijos (requisito legal para considerar el acuerdo como suficiente es velar por el interés superior de los hijos, conforme al artículo 27 de la Ley N° 19.947); situación que es distinta al caso en que se regule relación directa y regular con el progenitor no

custodio, con quien no hay relación hace años, en tal caso, considero, que el niño, niña o adolescente debería tener una participación activa en el proceso.

Por tanto, si el grado o nivel de injerencia que tendrá el niño, niña o adolescente es variable, dependiendo de la materia y las circunstancias, considerando desde ser oído (audiencia en la que podrá manifestar su opinión) hasta la participación en el proceso, en calidad de parte o no, se deriva que las herramientas procesales con las que debe contar el menor de edad debiesen ser distintas.

En Argentina, en el contexto de concordar la legislación interna a las exigencias que implica la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño, se dictó la Ley N°26.061 sobre Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la que “(...) ha venido a incorporar, aclarar y ampliar una serie de derechos y garantías procesales a favor de los niños para todos los procedimientos judiciales que importan la conformación de un nuevo y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal. Así, la ley consagra el derecho de los niños a ser oídos sin que este pueda intermediarse con la presencia de un representante y órgano apropiado (...) Entonces, el niño deberá ser escuchado cada vez que así lo solicite (...)”³³⁵, explica la misma autora que esta solicitud se puede entablar personalmente por

³³⁵ RODRÍGUEZ, Laura. s/a. “El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. [en línea] <http://www.apadeshi.com/el_derecho_a_ser_oído_y_la_defen.htm> [consulta: 26 de Noviembre de 2014] p. 2.

el menor de edad, frente al tribunal o por solicitud de sus padres a nombre de él. En el artículo 27 letra c de esta ley se consagra, dentro de las “Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los Procedimientos Judicial o Administrativos” el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

Por lo tanto, hoy niños, niñas y adolescentes Argentinos, cuentan con una representación variada, que en opinión de la Dra. Úrsula Basset, en el “Pre Congreso de derechos del niño” de 21 de Octubre de 2014 realizado en la Universidad San Sebastián, encuentran su coherencia en atención al interés superior del niño. Dicha representación puede ser:

- Padres, quienes son los representantes naturales de sus hijos.
- Ombudsman.
- Representación promiscua del Defensor Público de Menores.
- Tutor ad litem.
- Abogado.

Me centraré en los últimos tres:

i. Representación promiscua por el Defensor Público de Menores
Representación de menores de edad e incapaces: “(...) Ministerio Público, a

través de los defensores públicos de menores e incapaces, tiene a su cargo la representación promiscua de los menores de edad e incapaces, conforme lo establece el artículo 59 del Código Civil; intervienen en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentre comprometido el interés de la persona o los bienes de los menores de edad o incapaces (tanto en materia penal como no penal), emitiendo el correspondiente dictamen”³³⁶

ii. Tutor *ad Litem*. “(...) el artículo 61 del CC prevé su designación cuando los intereses del niño están en oposición a los de sus representantes legales. Asimismo, el artículo 397 del mismo cuerpo legal realiza una enumeración no taxativa de los casos en los que cabe el nombramiento de un tutor especial, reafirmando el principio general sentado por el artículo 61 y previendo, además, supuestos especiales de conflictos de tipo patrimonial (...)”³³⁷

iii. Abogado del Niño “El artículo 27 de la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005) consagra su derecho a la defensa técnica al establecer que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a “ser asistido por un letrado preferentemente

³³⁶ MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. 2008. Funciones del Ministerio Público de la Defensa. [en línea] <<http://www.mpd.gov.ar/institucional/funciones>> [consulta: 27 de Noviembre de 2014]. Argentina.

³³⁷ FAMÁ, María. 2012. “La Intervención del Abogado del Niño en los procesos de Familia: alcances y delimitaciones”. En: Compendio Jurídico Erreius N° 61. [en línea] <ftp://ftp.errepar.com.ar/Facebook/CompJur_FAMA.pdf> [consulta: 27 de Noviembre de 2014]

especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya”. Se establece también que en el caso de carecer de recursos económicos, el Estado deberá asignar de oficio un letrado patrocinante. De esta manera, el artículo incorpora derechos y garantías que responden al principio del debido proceso al permitir la participación procesal del niño. La actuación del abogado del niño se distingue sustancialmente de la representación de sus padres, del tutor ad litem o del Ministerio Pupilar³³⁸

Como se desprende de las descripciones ya mencionadas, cada uno tiene un área de aplicación determinada, pero que a la vez puede generar confusiones en un caso concreto. Por ello, la doctrina argentina se ha preocupado de ser clara en este sentido y determinar las diferencias entre estas figuras, así “(...) mientras el tutor *ad litem* es una figura ligada a la incapacidad del niño, que sustituye su voluntad y, por lo tanto, patrocina su interés superior desde su propia perspectiva de adulto (confundiéndose, así, en algún punto, con la figura del Defensor de Menores), el abogado del niño es un personaje vinculado al principio de capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y el desarrollo del niño para participar en el proceso. En este sentido, el abogado no sustituye su voluntad, sino que la reproduce o transmite al juez

³³⁸ CONSEJO DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. DIRECCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INVESTIGACIÓN. 2013. “Glosario de términos referidos al Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes - Año 2013”. [en línea]<http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/glosario_de_terminos_referidos_al_sistema_de_proteccion_integral_de_derechos_de_ninas_ninos_y_adolescentes.pdf> [consulta: 27 de Noviembre de 2014] Buenos Aires, Argentina. p. 7.

mediante su defensa especializada (como podría ocurrir con cualquier adulto)”³³⁹, sobre el Ministerio Público de menores y el rol del Abogado del Niño señala que “(...) el Ministerio cumple una representación promiscua que se limita a integrar la representación paterna pero que no implica sustituirla ni actuar en nombre del niño- y que se manifiesta en dos tipos de funciones: de asistencia y control y de carácter representativo”³⁴⁰, agregando:

“(...) parte de la distinción doctrinaria por la cual el criterio de actuación del Ministerio Público, dada su función de promover la intervención de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, es el de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo inclinarse necesariamente por la posición más favorable a los intereses del niño, aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por su representante individual. En consecuencia, su rol no debe confundirse con el que puede ser ejercido en el marco del proceso por la asistencia técnica propia del abogado, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a su representado”³⁴¹

En Argentina, también han debido referirse a otro problema que ha generado la incorporación de la figura del Abogado del Niño, esto es, respecto a la edad en la que un niño o adolescente podrá designar un abogado, considero correcto lo que expresa la autora Celeste Leonardi, al referirse a este tema, lo vincula necesariamente con el principio de autonomía progresiva, explica que “(...) el

³³⁹ FAMÁ. Ob. cit. p. 8.

³⁴⁰ Ibíd.

³⁴¹ Ibíd.

derecho a la asistencia letrada deberá garantizarse cada vez que el niño lo solicite atendiendo al principio de la autonomía progresiva, y por lo tanto, no susceptible de restricciones arbitrarias en función de la edad cronológica del niño. Por otra parte, la intervención del abogado podría no ser procedente en los casos en que el niño no cuente con la edad y madurez suficiente, debiendo intervenir en estos supuestos el *tutor ad litem* (...)³⁴²

De tal manera, para el caso argentino se puede concluir que como parte de la adecuación del sistema jurídico de este país, se incorporó en el marco de la nueva Ley de Protección Integral, la figura del Abogado del Niño, como reconocimiento de la capacidad que tienen los menores de edad, de acuerdo a su desarrollo y madurez, para solicitar la representación de sus intereses en juicio. Esto implica que el ordenamiento jurídico les reconoce la calidad de sujeto de derechos, y por ello, para el caso concreto, se podrá evaluar la solicitud de designación de un letrado que los represente en juicio.

En caso que la edad y madurez del niño o niña, conforme lo considere el juez, no permita la designación de un abogado, podrá optarse por la figura de un tutor ad litem si hay contraposición de intereses con quienes son los determinados por ley a la representación de los suyos, en caso contrario, serán ellos los llamados a esta función, generalmente padre y/o madre. Además, incluso nos podríamos encontrar con la representación promiscua del defensor

³⁴² LEONARDI, Celeste. Ob. cit. p. 106.

de menores, quien tiene una función de representar los intereses de la sociedad en general, por tanto, una visión adulta del asunto.

Para el caso nacional, como sabemos, los menores de edad pueden actuar representados por:

a. Padre y/o madre que tenga la Patria Potestad del hijo. Conforme al artículo 264 de nuestro Código Civil “el hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta.”³⁴³

b. Curador ad Litem. El artículo 264 del Código Civil, en su inciso 2, contempla la posibilidad de que al hijo sujeto a patria potestad, cuyo padre y/o cuya madre nieguen o se encuentre inhabilidad para otorgar el consentimiento para entablar acción civil contra terceros, podrá solicitar al juez que supla dicho consentimiento, y por tanto, designe un curador para la Litis.

En el caso específico de los procedimientos ante tribunales de familia, el artículo 19 de la Ley N° 19.968, prescribe que el juez deberá designar un abogado perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial respectiva o de cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Este abogado tendrá la calidad de curador ad litem. Su designación, conforme al mismo precepto, en los casos en que los niños, niñas, adolescentes e incapaces

³⁴³ CHILE. Código Civil. Ob. cit. artículo 264 inciso 1.

involucrados 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

Entonces, ¿por qué incorporar en nuestro sistema a un abogado del niño?

Precisamente porque con la ratificación de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, Chile ha adquirido la obligación de realizar las modificaciones legislativas e institucionales que importen que en nuestro país niños, niñas y adolescentes sean sujeto de derechos, con capacidad progresiva en el ejercicio de sus derechos fundamentales, entre ellos, la defensa técnica de sus intereses en juicio, como manifestación más extrema del derecho del niño a ser oído. En este sentido, el hecho de que el Curador ad Litem sea un abogado con conocimientos en tema de infancia y adolescencia, no le resta el carácter tutelar a esta figura, que entiende que ante la incapacidad de la persona de lograr expresar y representar sus intereses, debe un tercero, el curador, hacerlo y buscar según su apreciación, el mejor interés de su representado. En cambio, como ya he mencionado, un abogado implica la posibilidad de su representado de representarle sus intereses y la forma en que quiere sean expuestos en juicio.

Como se expuso en el estudio del caso argentino, existe una compatibilidad entre ambas figuras, teniendo cada una un ámbito de aplicación que se determinará conforme a la edad y madurez del menor de edad, así como de las

circunstancias del caso concreto, de modo que la representación habitual y natural que tienen los padres no pueda ser realizada en dicho contexto.

Por último, considero relevante mencionar que el ejercicio de las funciones de los Curadores ad Litem no está exentas de dificultades, que es necesario subsanar, siendo la única forma posible, por medio de la disposición de mayores recursos. El abogado de la Fundación de Asistencia Social y Legal de la Familia de Pudahuel, Juan Francisco Pinochet, explica estas limitaciones existentes, pues él ha sido designado en múltiples oportunidades como Curador ad Litem “La figura del Curador quizás, entiendo que debiera tener un rol un poco más activo. Pero también la infraestructura y también los medios que tienen los curadores normalmente no les permiten tener una función más dedicada exclusivamente a ello. En el caso de experiencia personal de abogado de la corporación y de la fundación en la práctica tenemos una jornada demasiado corta como para ejercer de manera efectiva la adecuada representación de los niños”³⁴⁴ Por lo que no sólo es necesario complementar con la figura del Abogado del Niño, sino que mejorar en el sentido expresado, las funciones del Curador ad Litem, para que puedan desempeñar sus labores.

b. Mejor regulación legal de la forma en que se ejerza este derecho por el niño, así si debe ser en una audiencia, en presencia de qué partes, en qué lugar físico (sala especialmente acondicionada para ello).

³⁴⁴ PINOCHET, Juan Francisco (2014) Ob. cit.

Con esto apunto a que la ley procesal, en este caso la que regula los procedimientos ante los tribunales de familia, debería enfocarse a consagrar mecanismos suficientes y eficaces para lograr que se pueda ejercer efectivamente el derecho. Como propuesta presento los aspectos y formas ya tratados en el apartado correspondiente de este capítulo, y que en resumen corresponden a:

- Oportunidad en la que se oirá al niño, niña o adolescente, así como las veces.
- Personas que deban estar presente en ellas.
- En un ambiente especialmente acondicionado para ello.
- Duración. La ley debiese establecer un margen de tiempo para la entrevista con el niño, niña o adolescente.

Sólo agregar que considero que una norma como la del artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia es adecuada para incorporarla, además, en una ley de carácter general y transversal de derechos de niños, niñas y adolescentes, que establezca el derecho a participar en general, y en especial, a ser oído en todo procedimiento, ya sea judicial o administrativo. Así, en el actual proyecto de ley de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en el artículo 8 letra c, se propone: “Artículo 8°. En la ejecución de la presente ley se deberá atender, además de al interés superior del niño, a los siguientes principios: c)

Principio de Participación: Conforme al cual se deberán adoptar todas las medidas posibles que permitan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”³⁴⁵

c. Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Desde la ratificación de la Convención de Derechos del Niño, los distintos países han tomados las medidas legislativas pertinentes para concordar su ordenamiento jurídico interno con este instrumento internacional. En este sentido, Cristóbal Cornieles al referirse al proceso legislativo de la LOPNA (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela), señala que “La nueva ley acoge desde su primera disposición la Doctrina de la Protección Integral, desplazando y dejando atrás de forma definitiva las viejas concepciones de la Doctrina de la Situación Irregular. Así, se observa en primer lugar que la LOPNA tiene como finalidad asegurar los derechos de todos los niños y adolescentes, no solamente de aquellos que se encuentren en situación irregular”³⁴⁶ Vale decir, que en Chile se mantiene la “Ley de Menores” Ley N°

³⁴⁵ CHILE. 2008. BOLETÍN N° 8911-18 [En línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 10 de Enero de 2014.] artículo 8 letra c.

³⁴⁶ CORNIELES, Cristóbal. 2001. “Los principios de la doctrina de la protección integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente” En

16.618, que precisamente surge dentro de este contexto llamado de la doctrina de la situación irregular, por ello considero que el cambio de paradigma que significa la Convención sobre Derechos del Niño, para este grupo de la población debe plasmarse en una legislación que lo recoja y aplique en forma transversal, como una normativa base en la materia, y con ello derogar la Ley de Menores.

Hasta el momento tenemos normas dispersas que se hacen cargo del cambio del niño, niña y adolescente de objeto a sujeto de derecho, como se mostró en el Capítulo II, pero no hay sistematización en el tema.

A nivel regional, la mayoría de los países han optado por legislar un Código de la Niñez y Adolescencia o Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Así lo hizo Argentina y Colombia en 2006, Bolivia en 1999, Costa Rica y Nicaragua en 1998, Ecuador y Guatemala en 2003, El Salvador en 2009, Honduras en 1996, México y Perú en 2000, Paraguay en 2001, Uruguay en 2004 y Venezuela en 2000, en este último país en el artículo 80 de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente de Venezuela “Se establece asimismo que se garantiza el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en los procedimientos administrativos o judiciales que conduzcan a una decisión que afecte a sus derechos, garantías e intereses, sin más limitaciones que las derivadas del interés superior de los niños o

MORAIS DE GUERRERO, María. 2001. “Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente” Editorial UCAB, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. pp. 40-41.

adolescentes (...) Se prevé, no obstante, que sólo cuando este interés así lo aconseje, el derecho a opinar y a ser oído se ejercerá por medio de sus padres, representantes o responsables, o a través de otras personas que por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión. Se dispone asimismo, que la opinión expresada por el niño o adolescente será vinculante cuando la ley así lo establezca”³⁴⁷, agrega en este mismo tema, Cornieles que “(...) el artículo 80 de la LOPNA establece que en los procedimientos administrativos o judiciales, la comparecencia del niño o adolescente se realizará de la forma más adecuada a su situación personal y desarrollo. Esto supone que el lugar y las condiciones deben ser apropiadas (...)”³⁴⁸

Según información de CEPAL, la legislación chilena enfocada a infancia es Decreto Ley N° 2.465 Ministerio de Justicia que crea el Servicio Nacional de Menores (SENAME) y Ley N° 20.032 que establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia.³⁴⁹ En este sentido, agrega que “Chile enfrenta el desafío de revisar su legislación vigente y la promulgación de una ley de protección

³⁴⁷ WILLS. Ob. cit. pp.123-124.

³⁴⁸ CORNIELES. Ob. cit. p. 62.

³⁴⁹ MORLACHETTI, Alejandro. 2013. “Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe”. CEPAL y UNICEF. Santiago, Chile. [En línea] <
<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemasnacionalesdeprotecciondelainfancia.pdf>
> [consulta: 10 de Enero de 2014]. p. 14.

integral de los derechos de la niñez que garantice el ejercicio efectivo de los derechos de todos los niños y niñas, y que establezca un verdadero sistema de protección integral a la infancia. Asimismo, esa ley debería dar el sustento legal para la reformulación de la estructura, capacidades y recursos actualmente otorgados al Servicio Nacional de Menores (SENAME) y también la creación de una institución autónoma e independiente abocada a la defensa eficaz de los derechos de los niños (UNICEF, 2012).³⁵⁰ Lo mismo ha dicho el Comité de los Derechos del Niño en 2007: “El Comité reitera su preocupación a este respecto y recomienda al Estado Parte que ultime con celeridad el proceso de reforma de la Ley de menores de 1967 a fin de brindar una protección integral a todos los niños. El Comité recomienda además que se haga una distinción clara, en los procedimientos judiciales y a todos los demás efectos, entre los niños que necesitan protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley.”³⁵¹

Chile ha hecho intentos por lograr cumplir con estas exigencias, sin embargo, los diversos proyectos no han llegado a concretarse en leyes. En la actualidad, hay tres proyectos de ley que buscan mejorar la situación jurídica de niños, niñas y adolescentes:

³⁵⁰ MORLACHETTI. Ob. cit. p. 22.

³⁵¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2007. Ob. cit. p. 3.

- De 05 de Noviembre de 2013. Boletín: 9153-07. Asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.
- De 15 de Octubre de 2013. Boletín: 9139-07. Que busca una reforma Constitucional que establece la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- De 30 de Abril de 2013. Boletín: 8911-18. Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes.³⁵²

Considero fundamental que Chile logre tener una Ley de Protección integral, que otorgue una regulación transversal, un marco legislativo que derogue la Ley de Menores y que termine de otorgar a los niños, niñas y adolescentes chilenos, el trato de sujetos de derechos de derechos, que la Convención de Derechos del Niño ha establecido. Nuestro país ya se ha quedado atrás en la materia, en comparación a sus pares regionales, y por tanto es hora de que se cumplan las observaciones del Comité de los Derechos del niño y otros organismos internacionales hacen a Chile y considerar esta situación como urgente de remediar.

Es necesario una legislación sistemática y coherente, que englobe a todas las demás leyes en materia de infancia, a la que puedan hacer referencia estas

³⁵² Fuente: SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2013. [En línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 10 de Enero de 2014]

y que conformen un cuerpo jurídico en la materia, que implique en cada instancia en que se vea involucrado un niño, niña o adolescente se sigan los mismos parámetros. Esto aplica, evidentemente, no sólo al derecho del niño a ser oído, sino a todos los derechos humanos de los niños.

En este sentido, el mensaje del ex Presidente de la República, Sebastián Piñera, en el proyecto de ley de protección integral mencionado anteriormente, reconoce esta necesidad:

“Actualmente nos encontramos con diversas normas, tales como la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia y la Ley N° 20.084, que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, que se han sumado a la legislación existente, pero sin que, hasta ahora, se haya realizado una reformulación de las normas antiguas. La dispersión normativa dificulta el acceso a las prestaciones y la creación de políticas sociales claras y criterios de acción que logren entregar lineamientos precisos sobre el trato que ha de otorgarse a niños, niñas y adolescentes.”³⁵³

Luego, agrega que “Una ley de protección integral de derechos es una ley marco que viene a regular de manera global las materias de infancia y adolescencia.”³⁵⁴

Habiendo consenso en la necesidad de legislar sobre esta materia, que ya han pasado 23 años desde la Convención sobre Derechos del Niño, Chile es de los pocos países de la región que no cuenta con una legislación de este estilo,

³⁵³ CHILE. Boletín N° 8911-18. Ob. cit. Mensaje presidencial. p. 2.

³⁵⁴ CHILE. Boletín N° 8911-18. Ob. cit. Mensaje presidencial. p. 5.

es de esperar que en los próximos años nuestro país ya cuente con esta ley y además, con la institucionalidad correspondiente.

En resumen, es necesario concordar la legislación con la práctica, pues si la ley consagra derechos, que en los hechos no es posible ejercer, es ineficaz. Por lo que no se logran los objetivos de la misma si no es operativa, lo que implica que en la realidad nacional, niños, niñas y adolescentes no son oídos en los procedimientos de familia, aun cuando la ley así lo exige y la Convención sobre Derechos del Niño también. Esta vulneración a sus derechos fundamentales, demuestra que en Chile todavía se consideran a los niños, niñas y adolescentes como objeto de protección y medidas jurisdiccionales, concepción que no es compatible con la Convención, que si bien reconoce que se les debe dar un trato especial y de protección a los niños, estos deben tener una participación activa en el desarrollo de su vida. Nuestra situación actual, es igual a la descrita anterior a la LOPNA en Venezuela (de 1998) “Así, la doctrina de la situación irregular (Ley Tutelar del Menor) contradecía y violentaba los principios consagrados en la CIDN, y a su vez la CIDN tenía rango constitucional. Esta contradicción normativa hacía imposible comprender, interpretar y aplicar dichas normas a los casos concretos, generando un ambiente de caos jurídico.”³⁵⁵

³⁵⁵ BOLAÑOS, Mireya. 2006. Ob. cit. p. 17.

Además, es necesaria una mejor regulación del procedimiento, entendiendo que debe establecer los límites y alcances del ejercicio de un derecho. Así, como ya he mencionado, la ley de tribunales de familia es débil en este sentido respecto del tema que estudio, pues, como se concluyó en relación con el derecho del niño a ser oído, deja aspectos importantes sin regular y que los jueces no logran integrar debidamente.

En el mismo sentido, hay que completar el cuadro legislativo de los derechos de niños, niñas y adolescentes, para tener así una regulación transversal, coherente y sistémica que permita una interpretación global de las disposiciones que en diversas leyes hacen mención a los niños, para lograr un tratamiento adecuado de los derechos de la infancia y adolescencia.

Finalmente, considero relevante un mejor entendimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, lo que se vincula con la idea que traté en un principio, sobre la forma en que los jueces deben aplicar e integrar las normas para lograr los objetivos de la Convención, dejar atrás medidas paternalistas e incentivar la participación de los niños en todos los ámbitos de la vida social y familiar, así como en las medidas estatales correspondientes.

CONCLUSIONES

El desarrollo de este trabajo buscaba dar solución a la interrogante sobre la Ley N° 19.968 como medio legislativo eficaz para dar cumplimiento al deber de garantizar el derecho del niño a ser oído dentro los procedimientos que se substancian ante Tribunales de Familia. Se tuvo como hipótesis que “La regulación del ejercicio del derecho del niño a ser oído por la Ley N° 19.968 y su aplicación por los tribunales de familia es ineficaz, pues ambos no son acorde a las consideraciones internacionales del niño como sujeto de derechos y del derecho del niño a ser oído, como corolario del principio del interés superior del niño, toda vez que en Chile no ha habido un tratamiento integral a los temas de infancia y adolescencia”.

Puedo concluir que esta hipótesis se ve verificada, pues efectivamente a lo largo de este trabajo se logró determinar la existencia de diversas falencias en “el deber ser” establecido por la norma nacional, como en la práctica dentro de los procedimientos. En la primera, las falencias apuntan a una regulación somera y poco clara de aspectos relevantes para hablar de una verdadera consagración sustantiva y procesal de este derecho en la Ley N°19.968, pues no basta sólo con su consideración como principio primordial de estos procedimientos, sino que se requiere que se creen legislativamente las oportunidades, infraestructura, mecanismo en que se realizará la entrevista, entre otros elementos explicados en el Capítulo II, para evitar que a cada niño,

niña o adolescente, se le aplique en forma distinta la forma de ejercer su derecho, en atención al magistrado que conoce la causa y la forma en que él o ella subsana los vacíos de la norma; esto nos lleva al segundo aspecto, dentro de los procedimientos, se pudo ver en el Capítulo III, que aún persiste un sentido tutelar y paternalista de la consideración de los menores de edad, limitando su derecho a ser oído en consideraciones que no son su edad más madurez (criterio conjunto), si les afecta la decisión del caso que se conoce y su interés superior, en este sentido, la posibilidad de recurrir de Casación en la Forma ha permitido visualizar este problema y que los tribunales superiores de justicia, en algunos casos, anulen las sentencias en las que no han sido oídos niños, niñas y adolescentes, considerando éste como un trámite esencial.

Considero importante, tener presente que en los Procedimientos de Medidas de Protección, en los que el niño, niña o adolescente tiene la calidad de víctima, es donde el legislador ha tratado de manera más pormenorizada la forma en que el niño será oído. A mi parecer, esto sucede porque es más fácil identificar la calidad procesal del menor de edad en estos, y es más, al ser una parte vulnerada en sus derechos, es más evidente la necesidad de resguardar su testimonio. Sin perjuicio de ello, y por eso considero pertinente lo recientemente expuesto sobre la calidad de víctima de los menores de edad en el Procedimiento de Medidas de Protección, esto no sucede en los Procedimientos Contravencionales, en los que el menor de edad ha cometido una falta, la que se considera como una contravención de carácter

administrativo (salvo excepciones 102-A inciso 2 Ley N° 19.968) En este procedimiento, se trata al menor de edad bajo estándares similares a los de un procedimiento penal, e incluso sin algunas garantías que en ellos sí se presentan, en este sentido se podría considerar el hecho que la duración de las medidas que se pueden tomar como sanción no están en relación a la gravedad del delito. Además, se considera el derecho a guardar silencio, y a estar presente en la audiencia, sin consagrar el derecho a ser oído en forma reservada con el o la magistrado.

En procedimiento ordinario, las causas de adopción y curadurías, son en las que hay mayor participación de los menores de edad, en las causas que se regulan aspectos que les afectan, como cuidado personal y relación directa y regular, en forma tangencial a una causa de divorcio, no suelen ser oídos. Así lo expresan las autoras Vargas y Correa, así como la doctora Fabiola Lathrop. En el mismo sentido, el abogado Juan Francisco Pinochet.

Por lo tanto, la calidad que pueda asignarse al niño, niña o adolescente, es un elemento que el legislador consideró tácitamente al momento de dar una configuración material el derecho del niño a ser oído. Lo que se ve ahondado por las consideraciones del propio juez de la causa pueda tener al respecto.

La variable independiente que propuse en la hipótesis, a saber: “En Chile no ha habido un tratamiento integral a los temas de infancia y adolescencia”, considero resume bien los diversos aspectos identificados como principalmente

deficitarios y tratados en el Capítulo IV a modo de propuestas para mejorar la situación, ley de protección integral y abogado del niño como figura complementaria al curador ad litem, permiten hablar de un sistema jurídico en que niños, niñas y adolescentes son sujeto de derecho, y como tales, ciudadanos del día de hoy en nuestra sociedad, en los más diversos aspectos en que se desarrollen, incluso en los conflictos judiciales que deben conocer los Tribunales de Familia.

Hablo de ciudadanos del día de hoy, pues en conformidad a nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 13, la ciudadanía se obtiene a los 18 años de edad, pero antes ¿qué sé es?, hoy se ha postulado a nivel comparado (por ejemplo en Perú, en este sentido, el Dr. Jorge Valencia Coromiras), sin embargo, agrega el inciso 2 del mismo precepto que la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular, es decir, que podríamos tener ciudadanos que aún no adquieren dichos derechos, como los niños, niñas y adolescentes, tema que daría para una nueva tesis. Pero es importante tener presente que los menores de edad no son miembros de la sociedad de una segunda clase, sino que precisamente por su calidad de niños, niñas y adolescentes, y las limitaciones propias que esta temprana etapa del desarrollo conlleva, es deber de los adultos integrarlos en la sociedad, permitiéndoles el ejercicio de sus derechos fundamentales, con igual facilidad que para los adultos.

Ahora corresponde determinar, ¿en qué consiste el derecho del niño a ser oído?, en resumen he podido determinar que implica:

- Ser informado del derecho a manifestar su opinión en causas substanciadas ante tribunales de justicia, en los que tomarán decisiones que les afecten.

- Es derecho, por tanto es el menor de edad quien decide si quiere o no quiere participar, a partir de la información que le ha sido proporcionada.

- Se ejercerá, idealmente, en forma personal y directa entre el niño y el magistrado, sin perjuicio de mecanismos indirectos como por medio de Curador ad Litem o informe del Consejo Técnico.

- La opinión del niño no es obligatoria para el magistrado al momento de resolver; tampoco es un medio de prueba. La obligación de “considerar debidamente su opinión” (art. 12 Convención sobre Derechos del Niño), implica, en mi opinión, que dentro de la parte considerativa de la sentencia, el magistrado debe referirse a: i. Si el niño, niña y adolescente ha decidido participar manifestando su opinión, si no se ha dado esta opción, por qué: edad+ madurez, interés superior, la materia de no le afecta, etc.: ii. Oído, si se ha sido en forma directa e indirecta y por qué; iii. Elementos relevantes de lo manifestado, y cómo se conjuga con los demás del procedimiento.

Por último, es importante referirse a ¿cuál es la importancia del debido tratamiento de este tema? Como se mencionó a lo largo de este trabajo, hay una vinculación íntima entre el derecho del niño a ser oído y su calidad de sujeto de derecho, en este sentido me parece adecuada la descripción de las autoras Puyol y Troncoso, en cuanto explican la importancia del derecho del niño a ser oído, en los siguientes términos “La importancia del ejercicio de niños/as y adolescentes a ser oídos en la justicia de familia no radica sólo y exclusivamente en el mejor desarrollo de las sentencias y resoluciones judiciales, sino que corresponde a la materialización del trato de éstos como verdaderos sujetos de derechos”³⁵⁶ agregan que “Este trato como sujetos de derechos es efectivamente un cambio radical, puesto que, tal como señala Nicolás Corvera (2011), nos encontramos en una sociedad que concibe a los niños/as y adolescentes esencialmente en dos grupos, el primero de éstos en aquellos que son peligrosos, y en segundo lugar, a quienes se encuentran en peligro, por lo cual las políticas públicas se orientan exclusivamente a la protección y a la corrección, pero no a la participación (...) esta privación de la participación activa de éstos tiene efectos en el desarrollo de los mismos, ya que “una niña o niño que tiene la posibilidad de ser escuchado adecuadamente,

³⁵⁶ PUYOL y TRONCOSO. Ob. cit. p. 101.

estará siendo impulsado en su desarrollo a devenir en una manera colaborativa de vivir en sociedad” (Fraczinet, 2011)” *(sic)*³⁵⁷

La primera instancia de participación de los menores de edad se da en su familia, cuando ésta sufre un conflicto que ha de judicializarse, y la solución que se deba tomar por el Juez le afecte al niño, niña y adolescente, ya sea al ser parte involucrada (procedimiento de medidas de protección) o al ser un tercero que al verse afectado la ley consagra la expresión de su opinión para ser considerada, recordemos, que esto no implica que la opinión sea vinculante para el Juez, ni que sea medio de prueba, sino que debe conjugarse con los demás elementos del proceso para lograr resolver el conflicto, teniendo presente y en consideración a los distintos afectados en él. Esto, en mi opinión es fundamental en los conflictos de familia, pues esta relación existe aún después del conflicto, y la judicialización no debe ser un factor que implique el quiebra de ella, ni un elemento traumático.

Tratando en detalle el objetivo perseguido por cada Capítulo, tenemos que:

El Capítulo I buscaba responder a la interrogante: ¿En qué consiste el Derecho del Niño a ser oído según la Convención Internacional sobre Derechos del Niño?, del que se pudo concluir: i. Para el niño, niña o adolescente el ser oído es un derecho y nunca un deber. ii. Impone el deber correlativo de escuchar al niño, niña o adolescente, y “considerar debidamente su opinión”,

³⁵⁷ *Ibíd.*

pero no el de aceptar su decisión. iii. Además, establece requisitos para ejercicio de este derecho: Que el niño, niña y adolescente esté en condiciones de formarse su propia opinión, en relación al criterio conjunto de edad y madurez.

El Capítulo II: ¿Cómo la Ley N° 19.968 regula el ejercicio del Derecho del Niño a ser oído? Determinando que la regulación es poco exhaustiva, dejando a criterio de cada magistrado elementos relevantes: oportunidad, modalidad, lugar, etc. Así, la experiencia de cada niño, niña y adolescente dependerá en buena parte del magistrado de su causa, no existiendo parámetros generales mínimos.

Capítulo III ¿Cómo la jurisprudencia ha considerado en el caso concreto la Ley 19.968, en lo que respecta al Derecho del Niño a ser oído? Los tribunales superiores de justicia han sido enfáticos en señalar que todo niño debe ser oído en los procedimientos substanciados ante Tribunales de Familias en los que se tomen medidas que les afecten. Sin embargo, tampoco se logra ante esta magistratura superior, subsanar la infracción al derecho del niño, pues no son oídos en esta oportunidad.

Y el Capítulo IV: ¿Cuál es la situación actual en Chile, en cuanto a la protección del derecho del niño a ser oído, dentro del procedimiento de familia? Donde se pretendió, a partir de la situación actual: niños, niñas y adolescentes suelen ser oídos, los primeros por lo general por medio de informe de Consejo

Técnico y los segundos en Audiencia Reservada por el magistrado de la causa, sin embargo, queda sujeto a la discreción de cada juez, y la forma en que se realiza no se condice con un trato integrativo de ellos, sino que los menores de edad los que deben acomodarse al sistema judicial de familia y a la forma en que los adultos se desenvuelven en él. Luego se buscó proponer bases de cambio en la materia, en ellas destaco la figura del Abogado del Niño para complementar a la ya existente del Curador ad Litem, además de contar con infraestructura adecuada para menores de edad dentro de los Tribunales de Familia.

Para finalizar, es necesario hacer presente que estas páginas sólo se han hecho cargo en parte de los problemas que niños, niñas y adolescentes enfrentan en su participación en la justicia; no se ha tocado el acceso e integración de los menores de edad con dificultades físicas y/o cognitivas que dificulten aún más manifestar su opinión en este contexto; tampoco se abordó la situación de niños, niñas y adolescentes que se ven involucrados en procedimiento de medidas de protección en los que, como se vio, el legislador es más exhaustivo en la regulación del derecho del niño a ser oído, pero en la práctica las falencias parecen ser más alarmantes, en estos procedimientos aún son tratados como objeto de derecho, se toman medidas paternalistas a su respecto, y se pierde su calidad de parte en el proceso; o en general los problemas de participación en la Sociedad, como primeras manifestaciones de ciudadanía; entre otros.

Quedan pendientes líneas de investigación que van desde la participación de los menores de edad en procedimientos diversos a los que son materia de conocimiento de los Tribunales de Familia, pues la Convención sobre Derechos del Niño habla de su derecho a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo, en los que se tomen medidas que les afecten.

Por lo tanto, cualquier avance en la materia debe realizarse dejando de lado la visión adultocentrista e incluir la visión de niños, niñas y adolescentes, para lograr una integración de ellos en los procedimientos ante Tribunales de Familia, e incluso a modo general, en la sociedad en la que están inmersos y deben desarrollarse desde el momento en que nacen.

FUENTES

i) Fuentes Bibliográficas.

- ÁLVAREZ, Gabriel. 2009. Curso de Investigación Jurídica. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
- BAEZA, Gloria. y PÉREZ, Jaime. 2008. Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario. Segunda Edición. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
- BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
- BAVESTRELLO, Irma. 2003. Derecho de Menores. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile.
- BELOFF, M. y GARCÍA, E. (compiladores).1998. Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Editorial Temis-Ediciones Depalma. Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires.

- BOLAÑOS, Mireya. 2006. Fundamentación epistemológica de la doctrina de la protección integral. En CORNIELES y MORAIS (compiladores). 2006. VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán. Editorial UCAB. Universidad Católica Andrés Bello. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, Venezuela.
- BUAIZ, Yuri Emilio. 2001. Introducción a la doctrina de la Protección Integral de los niños. En MORAIS, María (coordinadora) 2001. Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Editorial UCAB. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.
- CANÇADO, Antônio. 2008. El Derecho de Acceso a la Justicia en su amplia Dimensión. CECOCH (Centro de Estudios Constitucionales de Chile). Santiago, Chile.
- CORNIELES, Cristóbal. 2001. Los principios de la doctrina de la protección integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para

la Protección del niño y del adolescente En MORAIS DE GUERRERO, María. 2001. Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente. Editorial UCAB, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. pp. 40-41.

- CILLERO, M., COUSO, J., JUSTE, M. y URZÚA, P. 1995. Niños y Adolescentes sus derechos en nuestro Derecho. Ediciones SENAME. Santiago, Chile.
- COSTA, João Batista. 2007. El Perfil del Juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia. En Justicia y Derechos del Niño Número 9. UNICEF. Santiago, Chile.
- COUSO, Jaime. 2006. El Niño como sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído. En Revista de Derechos del Niño. (Números 3 y 4) Santiago, Chile.

- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El Sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago, Chile.
- HIERRO, Liborio L. El Niño y los Derechos Humanos. En CAMPOY, Ignacio (editor). 2007. “Los Derechos de los Niños. Perspectivas Sociales, Políticas, Jurídicas y Filosóficas” Editorial Dykinson. Madrid, España.
- LATHROP, Fabiola. 2009. La corresponsabilidad parental. En Varios Autores. “Estudios de Derecho Civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué”. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
- LATHROP, Fabiola. 2013. El Cuidado Personal y la Relación Directa y Regular. Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la región metropolitana. Abeledo Perrot, LegalPublishing Chile. Santiago, Chile.
- MARTINIC, María Dora y SCHMIDT, Claudia (Directoras). 2004. Instituciones de Derecho de Familia. Lexis Nexis. Santiago, Chile.

- MATURANA, C. y MOSQUERA, M. 2012. Los recursos procesales. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- NÚÑEZ, René., CORTÉS, Mauricio. 2012. Derecho Procesal de Familia: La primera reforma procesal civil en Chile. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
- O'DONNELL, Daniel. 2007. Derecho internacional de los derechos humanos. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Segunda Edición. Bogotá, Colombia.
- O'DONNELL, D., UPRIMY, I. y VALENCIA, A. 2003. Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional: Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho Penal Internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, Colombia.

- ORREGO, Juan Andrés. 2007. Temas de Derecho de Familia. Editorial Metropolitana. Santiago, Chile.
- TAVOLARI, Raúl. 1994. “Proceso y Pactos Internacionales”. En “Comentarios Procesales”, Jornadas Académicas. Edeval. Valparaíso, Chile.
- UNICEF y OHCHR. 2004. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2004). Santiago, Chile.
- VARGAS, Edmundo. 2007. Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Editorial Jurídica. Santiago. Chile.
- WILLS, Lourdes. 2009. “La incorporación progresiva de los niños a la ciudadanía activa” En VILLAGRASA, Carlos y RAVETLLAT, Isaac (coordinadores). 2009. “Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación

en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”.
Editorial Bosch. Barcelona, España.

- ZARRALUQUI, Luis. 2009. El menor en las crisis matrimoniales de sus padres. En GARCÍA, María del Carmen (Directora), MORILLAS, Marta y QUESADA Abigail (Coordinadores) Protección del Menor en las rupturas de pareja. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. España.

ii) Fuentes Virtuales.

- ÁLVAREZ, Gabriel. 2012. Importancia de la Metodología de la investigación jurídica en la formación de los estudiantes de Derecho” En: “Actas del Primero Congreso Nacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. [En línea] <
<http://www.derecho.uchile.cl/ensenanzadelderecho/publicaciones.html>>
[Consulta: 29 de Enero de 2015]
- BARCIA, Rodrigo. 2010. Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad del niño [en línea] <http://www.legalpublishing.cl/images/2010/LSJ/07_Julio/lsj1julio/lsj_portada_secc01.html> [consulta: 28 de Agosto de 2013]

- BARCIA, Rodrigo. 2013. La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. En revista Ius et Praxis. Año 19 (2). Universidad de Talca, Chile. [en línea] <
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200002&lng=es&nrm=iso > [consulta: 2 de Septiembre de 2014]
- BARROS, P., CERDA, A., CORREA, P. y VARGAS, M. 2010. Informe Final Estudio: niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia. Universidad Diego Portales y UNICEF. Santiago, Chile. [en línea] <
http://www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=8> [consulta 6 de Enero de 2014]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2004. Historia de la ley 19.968 Crea los Tribunales de Familia [en línea] <
http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19968&anio=2013> [consulta: 6 de Octubre de 2013]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2008. Historia de la Ley N° 20.286 [en línea] <
http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20286&anio=2008> [consulta: 6 de Octubre de 2013]

www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20286&año=2013> [consulta: 16 de Octubre de 2013]

- BOCALÁN CONFIAR. 2013. Perros Asistencia Judicial [en línea] <http://www.bocalanconfiar.cl/perros_asistencia_judicial.html> [consulta: 28 de Octubre de 2013]
- CIPERCHILE. 2013. Tras tercer juicio, ejecutivo del Banco Central fue absuelto de acusación de violación a sus hijas. [En línea] <<http://ciperchile.cl/radar/tras-tercer-juicio-ejecutivo-del-banco-central-fue-absuelto-de-acusacion-de-violacion-a-sus-hijas/>> [consulta 29 de Enero de 2015]
- CHILE. 2008. BOLETÍN N° 8911-18 [En línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 10 de Enero de 2014]
- CHILE. 2008. BOLETÍN N° 5665-18. [en línea] < http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5665-18> [consulta: 11 de Julio de 2013]

- CHILE. 2011. BOLETÍN N° 7538-07 [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 13 de Octubre de 2013]
- CHILE. 2013. BOLETÍN 8911-18. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9315&prmBL=8911-18> [consulta: 28 de Agosto de 2013]
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2002. En UNICEF y OHCHR.2004. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2004). Santiago, Chile.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2007. Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Chile. Ginebra, Suiza. [En línea] <<http://acnudh.org/2007/04/comite-de-los-derechos-del-nino-crc-chile-2007/crc-chile-2007/>> [consulta: 8 de Enero de 2014.]

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N°12: El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra, Suiza. [en línea] <
http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc> [consulta: 8 de Abril de 2013]
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación General N° 14. [en línea] <
http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf
 > [consulta: 4 de Septiembre de 2014]
- CONSEJO DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. DIRECCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INVESTIGACIÓN. 2013. “Glosario de términos referidos al Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes - Año 2013”. [en línea]<
http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/glosario_de_términos_referidos_al_sistema_de_proteccion_integral_de_derechos_de_ninas_ninos_y_adolescentes.pdf> [consulta: 27 de Noviembre de 2014]
 Buenos Aires, Argentina.

- CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL METROPOLITANA. 2012. [en línea] <http://justiciateayuda.cl/wp-content/files_mf/bolet%C3%ADnannual201225.pdf> [consulta: 16 de Octubre de 2013]
- CORPORACIÓN OPCIÓN. 2006. Acerca de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile en el período 1990/2000 [en línea] <<http://www.opcion.cl/documentos/biblioteca/ProteccionDerechos/ConsideracionJuridicaenChile.pdf>> [consulta: 17 de Mayo de 2013]
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión Consultiva OC 17/2002 sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> [Consulta: 5 de Agosto de 2014]

- “Desgarradores gritos de una niña” (Video). 2013. [En línea] <
<http://www.youtube.com/watch?v=JRw8FTD3yuQ>> [consulta 4 de
 Agosto de 2014]
- EL MUNDO. 2014. “Bélgica legaliza la eutanasia en menores” [en línea]
 <[http://www.elmundo.es/internacional/2014/02/13/52fd034d22601d7044
 8b4580.html](http://www.elmundo.es/internacional/2014/02/13/52fd034d22601d70448b4580.html)> [consulta: 8 de Septiembre de 2014]
- FAMÁ, María. 2012. “La Intervención del Abogado del Niño en los
 procesos de Familia: alcances y delimitaciones”. En: Compendio
 Jurídico Erreius N° 61. [en línea]
 <ftp://ftp.errepar.com.ar/Facebook/CompJur_FAMA.pdf> [consulta: 27
 de Noviembre de 2014]
- FANLO, Isabel. 2009. “Viejos” y “Nuevos” Derechos del Niño. Un enfoque
 teórico. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea]
 <www.corteidh.or.cr/tablas/r23581.pdf> [consulta: 3 de Septiembre]

- FIGUEREDO, Ana. 2007. Derecho del niño a ser oído y participar en los procesos judiciales. [en línea] <<http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/docs/elderechoaseroido.pdf>> [consulta: 17 de Junio de 2013]
- FREITES, Luisa. 2008. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos. En: Artículos Arbitrados. Año 12, N°42 [en línea] < http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1316-49102008000300002&lng=es&nrm=iso&tlng=es> [Consulta: 7 de Agosto de 2013]. Venezuela.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2013. Ponencia en “Coloquio Un análisis de funciones del Curador ad Litem” Universidad Mayor. Santiago, Chile. [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=CwR7NGGXUeM>> [consulta: 4 de Septiembre de 2014]
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. 2006. Paternalismo Jurídico y Derechos del Niño. En Revista Isonomía (25) [en línea] < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/paternalismo-juridico-y-derechos-del-nio-0/>> [consulta: 3 de Septiembre de 2014]

- GONZÁLEZ, Diana. 2002. “La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia” En UNICEF, revista “Justicia y Derechos del Niño”, Argentina [en línea] <www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/.../Lectura24.participacion.pdf> [consulta 8 de Enero de 2014]
- GONZÁLEZ, Isabel. 2012. “Participación de los niños (as) en la solución de los conflictos de su familia”. En Blog La Tercera [en línea] <http://blog.latercera.com/blog/igonzalez/entry/participaci%C3%B3n_de_los_ni%C3%B1os_as> [consulta: 7 de Enero de 2014]
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTES. ORGANISMO ESPECIALIZADO DE LA OEA. 2010. “La participación de niños, niñas y adolescentes en las Américas. A 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño” Montevideo, Uruguay. [En línea] <<http://www.iin.oea.org/IIN2011/documentos/librilloESPAnOL.pdf>> [consulta: 9 de Enero de 2014]
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. 2008. Funciones del Ministerio Público de la Defensa. [en línea]

<<http://www.mpd.gov.ar/institucional/funciones>> [consulta: 27 de Noviembre de 2014]. Argentina.

- LÓPEZ, Hernán. 2011. Vulneración de derechos y procedimiento. En www.microjuris.com [en línea] <MJCH I MJD621> [consulta: 21 de Octubre de 2013].
- MORLACHETTI, Alejandro. 2013. “Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe”. CEPAL y UNICEF. Santiago, Chile. [en línea]<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemasnacional_esdeprotecciondelainfancia.pdf> [consulta: 10 de Enero de 2014].
- O’DONNELL, Daniel. 2001. .La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido. En GONZÁLEZ, Mauricio y VARGAS, Elieth (compiladores). Derechos de la Niñez y Adolescencia. [en línea] <http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf> [consulta: Miércoles 21 de Agosto de 2013] p.23. (Versión original en: En: Derecho a tener derecho: Infancia, Derecho y

Políticas Sociales en América Latina, Caracas, La Primera Prueba, C.A.
s.f.

- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS e INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. 2010. La participación de niños, niñas y adolescentes en las Américas. A 20 años de la Convención sobre los derechos del niño. [en línea] <www.iin.oea.org/IIN2011/documentos/librilloESPAnOL.pdf> [consulta: 10 de Agosto de 2014]
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 2011. CIDH saluda la entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. 2014. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/008.asp>> [consulta: 4 de Agosto de 2014]
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA y CORPORACIÓN DE OPORTUNIDAD Y ACCIÓN SOLIDARIA OPCION. 2006. Derechos de los Niños en Chile. Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño en las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre

los Derechos del Niño en Chile. [en línea] <
http://www.omct.org/files/2005/09/3074/chile_informe_altern_crc_omct_opcion_es.pdf> [consulta: 17 de Mayo de 2013]

- PINOCHET, Francisco. 2011. Informe con principales consideraciones críticas del proyecto de ley de nuevo código procesal civil [en línea] <<http://www.ipdpchile.cl/wp-content/uploads/2012/07/Los-6-aspectos-cr%C3%ADticos-del-nuevo-CPC1.pdf>> [consulta: 11 de Octubre de 2013]
- QUINTANA, Rocío. 2012 El acceso a la justicia de los niños, niñas y jóvenes en el distrito federal. En CDHF (Comisión de Derechos Humanos de Distrito Federal) Boletín Número 6 “Estrategia por los Derechos de la Infancia [en línea] <<http://www.cd hdf.org.mx/index.php/estrategia-derechos-de-la-infancia/2705-boletin-6-infancia-2012>> [consulta: 28 de Agosto de 2013]
- RIVEROS, Francisca. 2010. Cuidado personal, interés superior del niño y derecho a ser oído. [en línea] <CL/DOC/1365/2010> [consulta:11 de Agosto de 2014]

- RODRÍGUEZ, Laura. s/a. “El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. [en línea] <http://www.apadeshi.com/el_derecho_a_ser_oido_y_la_defen.htm> [consulta: 26 de Noviembre de 2014] p. 2.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2013. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 10 de Enero de 2014]
- SENAME. 2013. Sename capacita a tribunales sobre participación de niños en procesos judiciales. [en línea] <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=News&file=article&sid=1876>> [consulta: 27 de Octubre de 2013]
- UNESCO. 2012. Los derechos de los niños son derechos humanos. [en línea] <<http://www.unesco.org/new/es/education/resources/onlinematerial>

s/single-view/news/childrens_rights_are_human_rights/#.Uh4cbdJLPRw>

[consulta: 28 de Agosto de 2013]

- UNICEF Y UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal. Informe final. Chile. [En línea] <
http://www.unicef.cl/archivos_documento/173/Informe%20final.pdf>
[consulta: 29 de Enero de 2015]
- UNICEF. 2005. Situación de los Niños y Niñas en Chile. A 15 años de la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño. 1990-2005. [en línea] <
http://www.unicef.cl/archivos_documento/138/unicef.pdf>
[consulta: Jueves 22 de Agosto de 2013]
- UNICEF. 2011. Cuadro Legislación Infancia Chile. [en línea] <
<http://www.unicef.cl/pdf/CuadroLegislacionInfanciaChile1990-2011.pdf>>
[consulta: 28 de Agosto de 2013]

- VARGAS, M. CORREA, P. BARROS, P. CERDA, A. 2010. Informe final Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia: el derecho a ser oído. UNICEF y Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. [en línea] <http://www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=8> [consulta: 26 de Marzo de 2013]
- VIVANCO, Ángela. 2009. Negativa de un menor de edad y de su familia a que éste reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección. [en línea] <MJCH_MJD378 | MJD378> [consulta: 22 de Noviembre de 2013] (Artículo originalmente publicado en Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 2, pp. 399-440. 2009.)
- ZÚÑIGA, Yanira. 2009. Medida de Protección Terapéutica a favor de un menor (Sentencia del Tribunal de familia y de la Corte de Apelaciones de Valdivia). En Revista de Derecho Valdivia [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502009000100014&script=sci_arttext> [consulta: 27 de Noviembre de 2013] Vol. XXII N°1. Julio 2009. Valdivia, Chile.

iii) Fuentes Hemerográficas.

- El Mercurio Legal. 2013. Santiago, Chile. (Nº4)
- CILLERO, Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño. En: Revista Justicia y Derechos del Niño (1) Santiago, Chile. [en línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf > [consulta: 10 de Agosto de 2014]
- COUSO, Jaime. 2006. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del niño, Autonomía progresiva y Derecho a ser oído. En Revista de Derechos del Niño Números 3 y 4. UNICEF. Santiago, Chile.
- CUMPLIDO, Francisco. 2003. “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. doctrina y jurisprudencia”. En: Revista Ius et Praxis Año 9, (1). Talca, Chile. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

00122003000100018&lng=es&nrm=iso>ISSN07180012.http://dx.doi.org/
10.4067/S0718-00122003000100018.> [consulta: 3 de Septiembre de
2014]

- GONZÁLEZ, Alfredo. 2003. Los paradigmas de investigación en las ciencias sociales. En revista Islas 45(138):125-135. Cuba.
- HUNTER, Iván. 2007. Poderes del Juez: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia. En: Revista de Derecho Vol. XX N°1. Valdivia, Chile. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 11 de Octubre de 2013]
- GONZALEZ, Alfredo. 2003. Los paradigmas de investigación en las ciencias sociales. En: Revista ISLAS 45 (138). Cuba.
- KEMELMAJER, Aída. 1996 El derecho constitucional del menor a ser oído. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Separata de la Revista N°17. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires; Santa Fé.

- LEONARDI, Celeste. 2012. "El Abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo M.,G. c/ P., C.A." En Cuestión de Derechos. Revista Electrónica N° 3 Segundo semestre 2012. [en línea] <<http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%208.pdf>> [consulta: 24 de Noviembre de 2014]
- LILA, Marisol y MORTE, Elena. 2007. "La alternativa al conflicto: Punto de Encuentro Familiar" En Intervención Psicosocial, 2007, Vol. 16 N.º 3. [en línea] <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S113205592007000300001&lng=es&nrm=iso> [consulta: 30 de Septiembre de 2014]
- NOGUEIRA, Humberto. 1997. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. En Revista Ius et Praxis vol. 2 num. 2. 1997. Universidad de Talca. Talca, Chile.[En línea] <<http://www.redalyc.org/pdf/197/19720203.pdf>> [consulta 29 de Enero de 2015]

- PÉREZ, Ricardo. 2006. Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes. En: Revista Justicia y Derechos del Niño (Nº8). Santiago, Chile.
- PUYOL, Carolina y TRONCOSO, María. 2014. “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia: una aproximación psicojurídica”. En PRAXIS. Revista de Psicología Año 16, Nº 25 (89-105), I Sem. 2014. [en línea] <<http://www.praxis.udp.cl/pdf/25/Praxis25-06.pdf>> [consulta: 9 de Diciembre de 2014]
- RIVEROS. A y CERDA, A. 2005. Juzgados de Familia y Derechos Humanos. En: Anuario de Derechos Humanos 2005. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. [en línea] <<http://www.cdh.uchile.cl/anuario1/11juzgados-familias.pdf>> [consulta: 9 de Octubre de 2013]
- SERVICIO NACIONAL DE MENORES. 2014. [En línea] <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=17>> [consulta: 15 de Octubre de 2014]

- VARGAS, M. y CORREA, P. 2011. La Voz de los Niños en la Justicia de Familia en Chile. En: Revista Ius et Praxis Año 17, (1) Universidad de Talca. Chile.
- WITKER, Jorge. 2008. Hacia una investigación jurídica integrativa. En Boletín mexicano de Derecho Comparado. Universidad Autónoma de México. México.

iv) Normativa.

Nacional:

- Chile. Código Civil. Última modificación: 21 de Junio de 2013 Ley 20.584 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>> [consulta: 5 de Abril de 2013]
- CHILE. 1943. Código Orgánico de Tribunales. Última versión de 28 de Marzo de 2013. [en línea] < <http://bcn.cl/19e9j>> [consulta: 29 de Octubre de 2013]

- CHILE. 1967. Ley N° 16.618. última versión de 5 de Agosto de 1999. [en línea] <<http://bcn.cl/1609>> [consulta: 6 de Enero de 2014]
- CHILE. 2004. Ley N° 19.947. Última versión de 21 de Junio de 2013 [en línea] <<http://bcn.cl/1dphg>> [Consulta: 26 de Octubre de 2013]
- CHILE. Ley N° 19.620. Última versión de 3 de Agosto de 2007 [en línea] <<http://bcn.cl/mv7>> [consulta: 26 de Noviembre de 2013]
- CHILE. 2004. Ley N° 19.968. Última versión de 18 de Diciembre de 2010. [en línea] <<http://bcn.cl/mt9>> [consulta: 15 de Octubre de 2013]
- CHILE. 2008. Ley N°20.286. [en línea] <<http://bcn.cl/vyy>> [consulta: 16 de Octubre de 2013]

Internacional:

- ONU. 1989. Convención sobre Derechos del Niño. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion>> [consulta: 21 de Marzo de 2013.]
- PREÁMBULO Convención sobre Derechos del Niño. En DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2009. “Documentos Oficiales. Justicia Penal de Adolescentes: Derecho Nacional e Internacional”. Santiago, Chile.

v. Fuentes jurisprudenciales.

- CORTE SUPREMA. 26. Febrero. 2014. Rol: 12057-2013. [en línea] <www.legalpublishing3.cl cita online: CL/JUR/328/2014> [consulta: 21 de Agosto de 2014]
- CORTE SUPREMA. 14. Octubre.2013. rol: 4068-13. [en línea] <www.microjuris.cl cita online: MJCH_MJJ36276 > [consulta: 21 de Agosto de 2014]

- CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE. 9. Julio. 2010. Rol: 15-10 [en línea] <www.microjuris.com cita online: MJJ24323> [consulta: 21 de Agosto de 2014]
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. 30. Marzo. 2006. Rol: 1496-05 [en línea] <www.microjuris.com cita online: MJCH_MJJ9527> [consulta: 25 de Agosto de 2014]
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 7. Diciembre. 2011. Rol 773-11 [en línea] < www. microjuris.com cita online: MJCH_MJJ36106> [consulta: 25 de Noviembre de 2013]
- CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA. 14. Marzo.2009. Rol:103-09 [en línea] <www.microjuris.com cita online MJCH_MJJ20024> [consulta: 25 de Noviembre de 2013]
- CIDH. 24.2.2012. THOMSON ROUTERS [en línea] <CL/JUR/721/2012> [consulta: 25 de Noviembre de 2013]

vi. Entrevistas.

- ACUÑA, Marcela. 2014. Doctora en Derecho Universidad de Zaragoza, España. Docente Universidad de Talca. 29 de Septiembre de 2014. Universidad de Talca, sede Santiago.
- LARA, Carolina y SALVO, Virginia. 2014. Abogada y Trabajadora Social, Coordinadora, correspondientemente. Oficina de Protección de Derechos San Miguel. Lunes 13 de Octubre de 2014.

ANEXO 1:

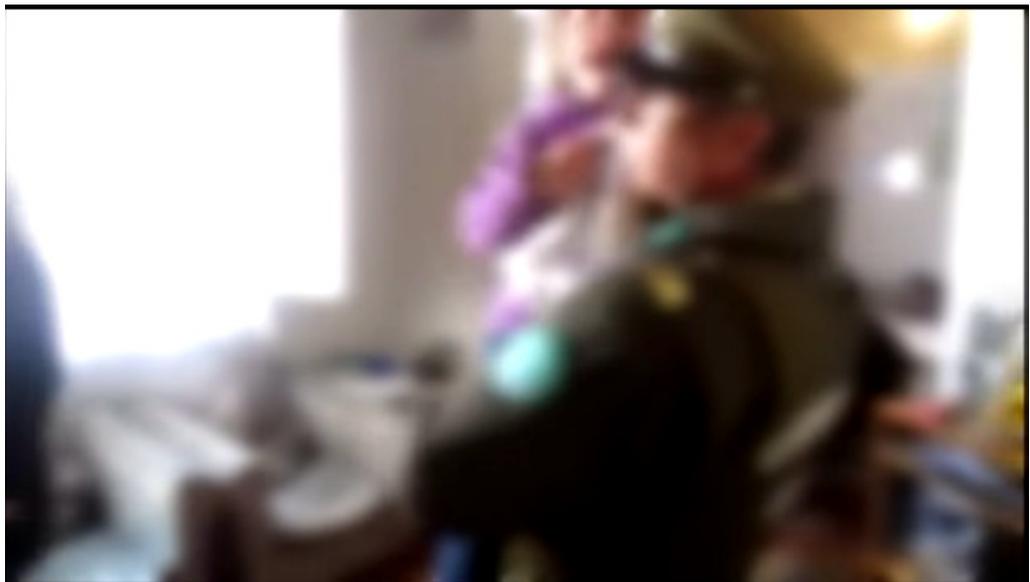
**Video “Desgarradores gritos de una niña” [En línea] <
http://www.youtube.com/watch?v=JRw8FTD3yuQ> [consulta 4 de Agosto
de 2014]**

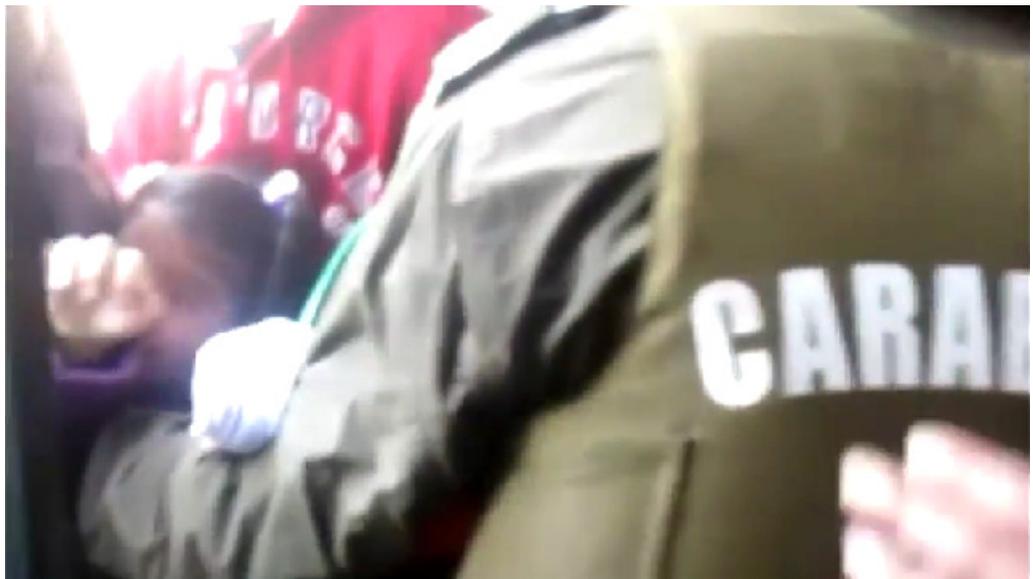
El video es grabado y subido a la página “YouTube” por el hermano de la niña. Él narra que su hermana es retirada por Carabineros para entregarla a su padre (se entiende en el marco de dar cumplimiento a la relación directa y regular).

Se escuchan los gritos de la niña diciendo “No quiero ver a mi papi”³⁵⁸, “Por favor, no quiero”³⁵⁹.

A continuación, se acompañan imágenes que forman parte del contenido del video:

³⁵⁸“Desgarradores gritos de una niña”. 2013. [En línea] <
http://www.youtube.com/watch?v=JRw8FTD3yuQ> [consulta 4 de Agosto de 2014]. Minuto 0:14
³⁵⁹ Ob. cit. Minuto 0:26





Si bien la madre y hermano de la niña aseguran que el padre abusó sexualmente de ella y, por tanto, no corresponde que se quede con su padre un día entero, es importante preguntarse ¿qué sucede con el derecho del niño a ser oído en la etapa de ejecución de la sentencia o resolución judicial? Considero que en una situación como la descrita, correspondería que Carabineros dejara constancia de que en ese día no pudo llevarse a efecto la medida del Tribunal, citándose a solicitud de parte, a una audiencia para determinar la mejor forma de dar cumplimiento a lo resuelto.

Del mismo modo, como ocurre en los casos en que uno de los padres obsta al otro mantener una resolución directa y regular con su hijo, pues de otra forma, no hay una verdadera consideración del niño como sujeto de derechos, y pasa a ser un objeto de resolución judicial. En este sentido, la profesora Marcela Acuña me explica que “(...) autonomía progresiva, y en ese sentido, cuando estamos en presencia de menores de primera infancia, este es un derecho que se les impone, se les impone en contra de su voluntad y se les impone en contra de la voluntad del propio progenitor custodio y esa imposición tiene que ver, primero con la falta de autonomía que ellos tienen para expresar sus opiniones o para identificar correctamente, no es cierto, lo que más les conviene. Si nosotros asumimos que ellos no están en edad de poder

determinar e identificar qué es lo que más le conviene, entonces alguien tiene que hacerlo por ellos”³⁶⁰

Considero que el hecho que el niño sea oído y su opinión sea debidamente considerado es un imperativo presente en todo procedimiento administrativo y judicial (artículo 12.2 Convención sobre los Derechos del Niño), y aplicable a todo el proceso en dichos contextos, sin excepción. Así, el escucharlos, que exista un ambiente adecuado y oportunidades procesales adecuadas para ello se hace aún más necesarios en casos como el que se muestra. Ahora bien, como señala la doctora Acuña, a menor edad el niño se encuentra menos capacitado para la ponderación de sus intereses y necesidades personalmente, y precisamente mantener una relación directa y regular con el padre no custodio es uno de esos elementos, por lo que ante la negativa del niño o niña a mantener esta relación, se deben utilizar alternativas que faciliten al menor de edad, sobre todo en edades tempranas, generar los vínculos que le permitan tener confianza, comodidad y afectos hacia el padre con quien no convive. Esto, debiese ser ponderado y considerado por el tribunal al momento de fijar la medida, pero de no ser así, en mi opinión, el niño tiene derecho a la revisión de esta, en especial, respecto de la forma en que se ejerce el derecho, ello porque no debemos olvidar que el niño es sujeto de derechos, y como tal tiene derecho a participar en los decisiones que se tomen a su respecto (lo que podrá hacer

³⁶⁰ ACUÑA, Marcela. 2014. Doctora en Derecho Universidad de Zaragoza, España. Docente Universidad de Talca. 29 de Septiembre de 2014. Universidad de Talca, sede Santiago.

en mayor en medida, en cuanto vaya aumentando en edad y madurez, en atención a la autonomía progresiva).

Para finalizar, enfatizar que las opciones del niño, niña o adolescente no se restringen a tener o no tener una relación directa y regular con el padre que no detenta el cuidado personal, sino que hay matices, me refiero a distintas modalidades en las que se pueden llevar a cabo las visitas y que serán determinados en atención al interés superior del niño, como bien hace notar la profesora Acuña “(...) de todas maneras regular el derecho a la relación con resguardos, por ejemplo, visitas supervisadas, que es un mecanismo que se utiliza bastante, bueno adicionalmente al periodo de visitas, se puede someter a los padres y al menor a terapia, a veces el rechazo del hijo tiene que ver con una errónea comprensión y asistiendo a terapia perfectamente podría sacarse sus trancas que a veces son inducidas con otros adultos, y mejorar su relación con el padre. En derecho comparado también, existe una institución que facilita el ejercicio del derecho de relación en situaciones conflictivas, que son los “Puntos de encuentro familiar”, nosotros no tenemos acá esos Puntos de encuentro familiar”.³⁶¹

En España se han implementado los Puntos de Encuentro Familiar (PEF), como explican las psicólogas Morte y Lila “Con anterioridad a la aparición de los PEF, muchas familias se encontraban en contextos fríos, como Comisarías de

³⁶¹ ACUÑA, Marcela. 2014. Ob. cit.

Policía u otro tipo de Oficinas.”³⁶² Agregan que “El Punto de Encuentro Familiar se desarrolla como una alternativa de intervención temporal, realizada en un lugar idóneo y neutral, donde se produce el encuentro de los miembros de la familia en crisis, atendidos por profesionales debidamente formado, facilitando la relación paterno-filial y garantizando la seguridad y el bienestar del menor y del padre / madre vulnerable” ³⁶³ Estos son una buena alternativa para que padres e hijos se reúnan en el contexto del ejercicio del derecho a relación directa y regular, otorgando la posibilidad que se lleve a cabo en un ambiente adecuado y permitiendo modalidades que sean conforme al interés superior del niño.

³⁶² LILA, Marisol y MORTE, Elena. 2007. “La alternativa al conflicto: Punto de Encuentro Familiar” En *Intervención Psicosocial*, 2007, Vol. 16 N.º 3. [en línea] <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S113205592007000300001&lng=es&nrm=iso> [consulta: 30 de Septiembre de 2014] p. 292.

³⁶³ LILA y MORTE. Ob. cit. p. 294.

APÉNDICE 1: ENTREVISTAS

1. CONVERSACIÓN CON DOCTORA MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN.

El día 29 de Septiembre de 2014, la doctora Marcela Acuña San Martín, lanza su libro “Derecho de Relación directa y regular” Editorial Thomson Reuters. La autora es doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza España, se dedica al área disciplinaria y de investigación de filiación y derecho matrimonial en Universidad de Talca.

En ese contexto, le realizo las preguntas que, a continuación, se transcriben. El objetivo es tratar el caso que comento en este apéndice, conocer su opinión experta al respecto y poder, aunque sea en este breve espacio, esbozar estos casos prácticos tan complejos. Es por ello que la extensión de la conversación es breve, pero los contenidos de ella desprendidos son de trascendental importancia.

Agradezco la inmediata disposición de la profesora para hablar este tema.

Hay un tema que noté que no está muy trabajado, que es en los casos de cumplimiento de una sentencia en los que se requiere una actitud del niño como en los casos de relación directa y regular. ¿Qué pasa con el derecho del niño a ser oído en dichos casos?, porque, a partir de un video que está en internet de una niña a la que Carabineros iba a buscarla, y ella no

quería ir donde su padre, la retiran a la fuerza de los brazos de su madre y la llevan donde el padre. ¿Cómo se concilia el derecho del niño a ser oído?

Son temas altamente complejos, y como yo decía la solución del derecho es una solución parcial porque si fuese un problema puramente jurídico, entonces a nosotros con la solución jurídica nos bastaría. Por lo tanto, las soluciones tampoco son cien por ciento óptimas, la solución jurídica puede afectar aspectos psicológicos de los menores.

Ahora, el enfrentamiento de problemas como ese, donde el menor se niega, ya no es el padre custodio el que se niega, tiene que ver en algunos casos no solamente con el interés superior del menor y el derecho a ser oído, que es una de las cuestiones de las que habló uno de los presentadores, sino también con otro aspecto de la Convención que es la autonomía progresiva, y en ese sentido, cuando estamos en presencia de menores de primera infancia, este es un derecho que se les impone, se les impone en contra de su voluntad y se les impone en contra de la voluntad del propio progenitor custodio y esa imposición tiene que ver, primero con la falta de autonomía que ellos tienen para expresar sus opiniones o para identificar correctamente, no es cierto, lo que más les conviene. Si nosotros asumimos que ellos no están en edad de poder determinar e identificar qué es lo que más le conviene, entonces alguien tiene que hacerlo por ellos. Cuando el progenitor custodio tampoco tiene la capacidad

de separar sus conflictos adultos con el padre, entonces va a tener que hacerlo un tercero imparcial que va a ser el juez, y en esas situaciones podemos encontrarnos con casos dramáticos en donde pese a la oposición del menor y de la madre el derecho o se establece una medida, digamos, para imponer el derecho, el régimen. Eso también nos llevaría a pensar, que a medida que los menores de edad van aumentando su edad y va su autonomía posibilitando que ellos vayan siendo parte del ejercicio mismo del derecho no deberíamos ver situaciones de imposición por la fuerza. La experiencia extranjera, demuestra que en el caso de los menores que ya son adolescentes el derecho no se impone por la fuerza, y que se arbitran mecanismos para que el derecho se desarrolle en las mejores condiciones posibles, para que el derecho se desarrolle pero sin forzar al menor, por ejemplo, estableciendo regímenes flexibles de relación, donde ya no llegan como en los regímenes flexibles que nosotros conocemos, que normalmente, son regímenes que quedan a la voluntad del progenitor no custodio; en el derecho comparado, los regímenes flexibles para menores adolescentes, quince, dieciséis, diecisiete años, quedan entregados a la mejor disposición del menor en cuanto al tiempo para reunirse con el padre, porque eso también tiene que ver con que a esa edad ellos tienen una vida propia y sus intereses ya no son los padres y el colegio, sumamos a esos intereses sus propias relaciones de amistad, muchas otras actividades que ellos realizan, etc.

Ahora, salió hace poco una sentencia de la Corte Suprema, me parece que es de este mes de Septiembre, donde se reconoció la autonomía progresiva del menor para el ejercicio de sus derechos respecto de este derecho y se estableció un régimen flexible, en el sentido que esa menor adolescente, era una niña pudiera desarrollar el derecho cuando, o sea, en el momento en que ella pudiera coordinarse con el padre. Entonces, ya no se les impone por la fuerza.

Y una vez establecido por el Tribunal el régimen de relación directa y regula, en estos casos en los que, porque me da la impresión que un niño no se niega porque sí a estar con su padre, en ese sentido no sería mejor que se solicitara al tribunal una revisión de la medida, quizás llevarla a cabo de otra forma para que el niño se sintiera más en confianza, o sería como judicializar demasiado todo tipo de situaciones.

Hoy día, las modificaciones que se han hecho proporcionan criterios a los tribunales y pautas, orientaciones para que puedan resolver mejor, y resolver mejor también implica tener en consideración todas las circunstancias del caso. Esas circunstancias del caso, pueden implicar que se trate, o sea, no necesariamente porque existe un peligro vamos a suspender o a restringir el derecho, podemos de todas maneras regular el derecho a la relación con resguardos, por ejemplo, visitas supervisadas, que es un mecanismo que se utiliza bastante, bueno adicionalmente al periodo de visitas, se puede someter a

los padres y al menor a terapia, a veces el rechazo del hijo tiene que ver con una errónea comprensión y asistiendo a terapia perfectamente podría sacarse sus trancas que a veces son inducidas con otros adultos, y mejorar su relación con el padre. En derecho comparado también, existe una institución que facilita el ejercicio del derecho de relación en situaciones conflictivas, que son los “Puntos de encuentro familiar”, nosotros no tenemos acá esos Puntos de encuentro familiar. En las legislaciones que sí los tienen, se pueden desarrollar en todas situaciones de violencia intrafamiliar, por ejemplo, tener las visitas ahí, también en todos los casos en que se establecen terapias. Eso podrías investigar, porque en el caso nuestro, yo todavía he visto hace no tanto tiempo, resoluciones en las que se habilitaba como lugar para desarrollar la visita las dependencias del tribunal y claramente eso desnaturaliza toda la institución, entonces nuestra legislación no es tan distinta a las anteriores, lo que pasa es que también hay un tema de infraestructura, nosotros no tenemos, en Chile no está, todavía establecida una infraestructura que permita otras formas de ejercicio del régimen de relación que facilitarían incluso casos más simples, o sea, ni siquiera violencia, sino que por ejemplo el padre viaja de Punta Arenas a Santiago y no tiene donde encontrarse con los hijos, entre que esté en la calle y esté en un Punto de encuentro familiar, si lo hubiera, sería mejor el Punto de encuentro familiar que estar dando vueltas en la calle.

A continuación se transcriben las entrevistas que han sido incluidas en el texto de este trabajo.

2. ENTREVISTA GRUPAL A TRABAJADORA SOCIAL Y ABOGADA DE LA OFICINA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LA COMUNA DE SAN MIGUEL.

El objetivo de esta entrevista, es obtener datos empíricos a partir de la experiencia laboral de ambas funcionarias, sobre la participación de niños, niñas y adolescentes en procedimientos de protección en caso de vulneración de derechos.

Según explica el Servicio Nacional de Menores en su página de internet, las Oficinas de Protección de Derechos (OPD), en virtud de Ley de Subvenciones Nº 20.032 "(...) en su artículo 4 la definición de las Oficinas de Protección de Derechos (en adelante OPD) como: *"instancias de atención ambulatoria de carácter local, destinadas a realizar acciones encaminadas a brindar protección integral a los derechos de niños, niñas y adolescentes, a contribuir a la generación de las condiciones que favorezcan una cultura de reconocimiento y al respeto de los derechos de la infancia"*. (sic) Son operadas en convenio entre el Sename y una o varias municipalidades, según sea el caso. Se encargan de la promoción de los derechos de la infancia, del trabajo para implementar

sistemas locales de protección y de la atención a niños/as y adolescentes cuyos derechos han sido vulnerados y requieren protección.”³⁶⁴

Las entrevistadas son:

a. Virginia Salvo. Trabajadora Social.

Coordinadora OPD San Miguel. Se desempeña en dicha institución desde Febrero de 2013.

b. Carolina Lara. Abogada.

Se desempeña en esta institución desde Mayo de 2014.

1. Me podrían describir qué niños son los que llegan a la OPD.

Virginia Salvo: Se supone que la OPD atiende casos de vulneración de niños de baja complejidad, y a lo más mediana complejidad, pero en la práctica atendemos casos de mediana, baja y alta complejidad. La mayoría son de mediana y alta complejidad.

2. ¿Cómo llegan los niños aquí?

Virginia Salvo: Las vías de ingreso a la OPD son: por vía espontánea, derivados desde diferentes instituciones, y desde Tribunales. Ahora, nos llega

³⁶⁴ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. 2014. [En línea] <
<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=17>>
[consulta: 15 de Octubre de 2014]

mucha derivación desde colegios. Algunos de los CESFAM o los consultorios, y desde Tribunales muchos también.

3. Cuando llegan los niños acá, ¿Cómo se inicia el trabajo con ellos?

Virginia Salvo: Mira, nosotros funcionamos con dos duplas psico-sociales³⁶⁵. En este minuto estamos con una dupla y media, porque nos falta una psicóloga. Pero cuando están las duplas completas, siempre hay una dupla de turno y esa dupla de turno es la que hace la acogida y la primera entrevista con el usuario.

4. ¿Y luego de esta entrevista se ve si se judicializa y hablan con el abogado?

Virginia Salvo: No. Lo primero que se ve es si es perfil de la OPD o no. Supongamos que el colegio derivó a un niño por hiperactividad, no es perfil de OPD. Entonces el primer despeje que hace la dupla es ver si es perfil de OPD.

Se confecciona una ficha, y posteriormente se pasa a la reunión técnica y se asigna a los profesionales que lo van a tratar, que puede ser la dupla que hizo la acogida o pueden ser otros profesionales.

³⁶⁵ N. del A. Estas duplas están conformadas por un Trabajador Social y un Psicólogo. Ambos evalúan diversos aspectos del caso. Gracias a la participación como observadora, en una reunión en la OPD San Miguel, pude constatar lo importante de este trabajo interdisciplinario para lograr evaluar la realidad del niño, niña o adolescente y luego lograr confeccionar y presentar al Tribunal una adecuada teoría del caso.

5. En general, cuando vienen los niños, quienes están acompañados por adultos, ¿hay una buena disposición para que ellos sean entrevistados solos, o los niños tiene disposición a hablar con un adulto?

Virginia Salvo: La entrevista de acogida generalmente la hacemos nosotros con el adulto, sin la presencia del niño. Dependiendo de la naturaleza de la vulneración se ve si es necesario entrevistar al niño o no, para no sobreintervenirlo, porque por ejemplo, de repente hay derivaciones de la casa de la mujer, que derivan porque hay violencia y los niños son testigo de eso, generalmente tratamos de no entrevistar al niño, porque ya fue vista esa situación por otros profesionales, por lo tanto, lo que nosotros tratamos de hacer es derivar inmediatamente a un programa especializado.

Hay otras situaciones, por ejemplo, cuando hay una vulneración en la esfera de la sexualidad, por lineamiento técnico, generalmente nosotros no vamos a tocar al niño, no lo vamos a entrevistar. Por un tema práctico, además, porque como no somos peritos en esa tema, pudiera deslegitimarse la intervención que nosotros hagamos, desde la contraparte, y decir ustedes por qué lo entrevistado si no son peritos y pudieran inducir al niño a decir el relato o lo que dijo. Entonces en general no lo tocamos.

Pero sí hay otras situaciones en que se entrevistan los niños, y en general, no hay una resistencia de los adultos. No. No nos ha tocado que el adulto nos

diga “yo no quiero que entrevisten al niño” o “yo quiero estar presente”, por ejemplo. No, en general no ocurre eso.

6. ¿Y esas entrevistas las hacen en las salas acondicionadas?³⁶⁶

Virginia Salvo: Así es, en las salas especialmente acondicionadas para los niños.

7. Y ellos ¿cómo se sienten?, o sea, ustedes cómo perciben que ellos se sienten en esa situación.

Virginia Salvo: Lo que pasa es que no es una entrevista como uno generalmente hace la entrevista con el adulto, que es más directo. Sino que a través fundamentalmente sesión de juegos, en los que el profesional va a aplicar algunos test y en general, tienen que ver con dibujos, o tiene que ver con juegos, luego se analizar eso.

O sea es en su ambiente.

Virginia Salvo: Claro, en su ambiente. Absolutamente.

Carolina Lara: Eso cuando son niños, cuando son adolescentes se puede tener una entrevista más al grano. Más directa.

³⁶⁶ N. del A. Cuando llegue a la Oficina de Protección de Derechos de la comuna de San Miguel, la señora Virginia Salvo me mostró las dependencias, y pude ver que tienen una sala especial para niños, con juguetes y lápiz y papel para colorear.

8. En lo que ustedes han visto, ¿cuál es la importancia de la participación de los niños para los Tribunales? ¿Es considerada, no tanto, depende de la causa si el niño será oído o no?

Carolina Lara: Yo creo, personalmente, que se toma harta importancia a los niños, sobre todo en las causas. El hecho que la medida de protección tenga prioridad para ser vista en el tribunal, por el hecho que uno presenta una medida protección a la semana siguiente estás teniendo la audiencia preparatoria. A menos que uno, cuando ya es muy urgente, se puede solicitar audiencia no programa, para tomar inmediatamente medidas cautelares.

En cuanto a la entrevista que tiene los niños, supuestamente deberían hacerse en las salas Gesell, que hay algunos tribunales que las tienen. Lamentablemente, aquí, en San Miguel, hay una sala Gesell, en los dos tribunales que hay, pero lo ocupan para casos de vulneración de derechos en la esfera de la sexualidad, ahí claramente el niño tiene que estar en un ambiente más protector, donde se sienta en confianza, para que pueda develar algunos hechos que son importantes para la causa. Pero en la generalidad, se entrevistan los niños con el magistrado en la misma sala de audiencia, claramente con ninguna de las partes intervinientes presentes, solamente con el Curador, pero sí se le toma hartos el parecer a los niños.

Claramente cuando pueden comunicarse, cuando son lactantes o cuando son niños muy pequeños solamente basta con el informe de nosotros, a pesar

de que no somos peritos, sí actuamos como una especial de ministro de fe, en cuanto se reconoce que sí nuestros informes son muy fidedignos y se confía mucho en el trabajo que hace el psicólogo y el trabajador social, no se duda de la veracidad del informe. Por eso a veces, basta con el informe y sin ninguna intervención ni con respecto al niño, e incluso ni de los adultos. A los adultos les preguntan otras cosas, pero no las que ya están contenidas en el informe.

Yo creo que sí, y yo creo que la tendencia es cada vez mayor a escuchar a los niños, por lo menos a la audiencias a las que he ido casi todas son de medidas de protección, y se ve todos los días, a cada rato.

Virginia Salvo: Yo creo que es un tema súper importante, generalmente, y como tú veías incluso en la propia reunión, el problema está centrado más en los adultos que en el propio niño, entonces una forma de dilucidar esta como duda que se centra en relación con el niño, es importante escuchar la opinión del niño. Muchas veces nos ocurre acá, que hay niños que están absolutamente parentalizados e incluso transmiten como el discurso de uno de los adultos y en la conversación que pueda tener el magistrado, en este caso, puede develar eso y puede, de alguna forma, legitimar aún más la opinión que nosotros damos en nuestros informes. Entonces, sí pasa a ser súper relevante el relato que en algún minuto, la conversación que pueda tener en algún minuto el niño con el, en este caso, con el juez.

9. Y en ese sentido, tú (Carolina) ¿Cómo notas a los magistrados?, los notas preparados o consideras que hay un problema de infraestructura que les impide realizar bien su labora en este sentido.

Carolina Lara: Mira, yo no puedo entregar a las entrevistas reservadas, porque no soy Curador ad Litem.

En realidad, va dependiendo del perfil del magistrado, es como totalmente personal, conforme a cómo es el magistrado: si es simpático, pesado, si es comunicativo o no, porque hay magistrados que uno ve y tienen cero tacto con las partes intervinientes, como hay otros que se bajan del estrado y conversan con ellos, como de tú a tú, hay otros que nunca se bajan. Supuestamente hay algunos preparados, pero como para estar en las salas Gesell, que son salas especialmente acondicionadas para la entrevista con el niño.

Pero para el desarrollo de la causa, más allá de la entrevista, para conocer de una medida de protección, yo creo que sí están preparados, sí existe un criterio de visualizar el niño y de dejar de lado a los padres, porque eso pasa en este tipo de causas, uno empieza a discutir y discutir y no estamos realmente viendo al niño, les estamos solucionando un problema a los papás y se nos olvida el niño. yo creo sí, existe un criterio de visualizar a los niños, porque, primero los Consejeros Técnicos cumplen esta gran función, que la mayoría son psicólogos, que son los que logran dilucidar, y visualizar el niño más que cualquier otra parte interviniente en la misma audiencia.

Bueno, no sé en realidad, nunca he entrado a una audiencia reservada con un niño, así que no podría decir cómo es el trato que tienen con ellos. Yo me imagino que bueno.

10. Visualizando ciertas falencias que hayan en el sistema, quizás acá mismo y en Tribunales, ¿Qué mejorarían ustedes respecto a la oportunidad en que los niños son entrevistados?

Virginia Salvo: Yo, mirándolo desde la distancia también, yo creo que pastelero a tus pasteles. Así como, yo creo que debiera haber una persona, que en este caso debiera ser un psicólogo o algún otro profesional especializado, que pueda generar un clima de confianza, porque muchas veces ha ocurrido que en ese clima de confianza el niño ha revelado otras cosas, que no las develó ni aquí ni en ninguna otra instancia. Entonces, no necesariamente debiera el juez entrevistar al niño, sino que para eso están precisamente estas salas en las que debería estar el profesional competente para entrevistar al niño y probablemente el juez puede hacer preguntas a través de este profesional y poder sondear más, porque efectivamente tú no estás hablando con un adulto, estás hablando con un niño, y debes ponerte en ese nivel y generar la confianza tal que el niño pueda develar cosas que no lo va a hacer en cualquier instancia. Y más que mal, si para un adulto el juez es una autoridad, que te va a generar ciertas sensaciones, piensa tú lo que significa para un niño que no lo ha visto nunca, y es alguien que te está haciendo preguntas que tienen que ver

además con emociones y que aquí estamos hablando de las figuras que son importantes para el niño, generalmente, que son los papás, las personas que lo han cuidado, entonces en ese sentido, yo creo que debiera trabajarse más por instalarse estas Salas y en que todos los tribunales en los que se vean temas de niños hayan salas adecuadas para ellos y una persona adecuada, y es más, también depende de los temas, del niño e incluso de cómo tu tengas adornada esa sala.

Carolina Lara: Las salas están bien acondicionadas. Cuando fuimos a una capacitación de SENAME en cuanto a estas nuevas instalaciones de salas de Gesell y también para evitar, porque también ayudan a evitar la re-victimización del niño. Se trata de evitar la doble entrevista, que siempre una entrevista, que esa sirva para todo tipo de proceso, sea familia, penales, para que el niño no tenga que tener otro discurso, porque puede que el niño al final de proceso hasta cambie su discurso; pero lamentablemente, es un tema de recursos, o sea, existe una sala, pero como te digo, las medidas de protecciones son millones, entonces empieza ya un criterio desde el Magistrado y los Consejeros, sobre qué niño pasa por esa sala, para quien es imprescindible esa sala, porque por ejemplo para casos de violencia se les entrevista en la misma sala de audiencia, yo creo que para casos graves ahí tratan de que el niño pase a estas salas, para que el niño deleve ciertas situaciones que no haría en una sala común. Pero es un tema, falta eso, mayor recursos, que esa sala sea disponible para todos, porque al final empezamos a discriminar qué tipo de

vulneración es más grave, y quién es capaz de decir qué tan grave es, o sea, violencia, abuso sexual, claramente para los ojos de todos es más grave, pero un niño que ha sido víctima o testigo de violencia intrafamiliar, o con una madre negligente donde sí los niños tienen grave daño, y no se les entrevista en esa sala.

También falta, yo creo, una coordinación entre las redes y con Tribunales para evitar la re-victimización y la doble entrevista. Hay veces que nosotros los entrevistamos acá, y aun así los hacen pasar a otra entrevista, entonces, que ese principio que ya no sea criterioso, porque todos estamos de acuerdo, pero no está en la ley, no dice que no se puede volver a entrevistar al niño sobre la situación vulneradora. O sea, debe existir esta coordinación, en el sentido de que ya lo entrevistaste, que esta psicóloga, como dice la señora Virginia, que exista alguien especializado, y que sólo esa persona lo entreviste y ojalá que esa misma entrevista sirva para todos los procesos judiciales que pudiera tener el niño.

Virginia Salvo: Lo ideal es una entrevista única, en realidad es eso, y ahí estaría completo el ciclo en cuanto respetar los derechos de los niños hasta ese punto. Que se valide una entrevista única y que esa sirva de prueba para todo.

Carolina Lara: A parte está el hecho de que, no pasa siempre, pero que van cambiando de sala y van cambiando de magistrado, de hecho todos los días cambian de salas. Cambian los criterios, por ello hay veces que el niño no fue

escuchado en un principio, y es entrevistado en la audiencia de juicio por un magistrado que no conoció desde la audiencia preparatoria, y estamos hablando de que aquí sí es importante tener un seguimiento de la causa desde un principio, no como pasa, por ejemplo, en un procedimiento penal que para guardar la objetividad, para que el juez no sea juez y parte se han separado las oportunidades y hay magistrados distintos. En cambio acá es importante ese seguimiento de un solo juez, porque también se vincula con la causa, se involucra, que para estos casos más sensibles es importante.

Virginia Salvo: Incluso en términos de relato, en la audiencia preparatoria ya hay un relato del niño...

Carolina Lara: Y el sentido para cada Magistrado es tan distinto, a unos les hace tanta bulla una situación y para otros nada, pero nada, incluso dicen “pero aquí, andante por otra vía, para qué presentan esto”, eso también es importante. Porque a mí me han tocado casos que son dudosos, y nosotros ante la duda igual ponemos una medida de protección, pero no tenemos todas las pruebas, porque así actuamos en realidad, aquí no es un tema de conflicto de que yo voy a ganar o no, sino es resguardar los derechos del niño. Entonces frente a la duda nosotros ponemos la medida de la protección y se acoge, pero me han pasado casos que el Magistrado me dice “aquí no hay nada, tráeme más antecedentes”, como hay algunos que actúan igual, porque independiente de todo hay que dilucidar la situación y hay que descartar una vulneración.

Pero eso pasa cuando hay un juez más sensible, a veces las mujeres son más sensibles con estos temas, pero eso no pasa siempre. Esto también cambiaría.

11. ¿Ustedes tienen alguna preparación especial en temas de infancia?

Virginia Salvo: No necesariamente, desde SENAME te piden, como perfil del profesional, primero que tiene que ser profesionales, tienen que estar titulados, en lo posible que tengan alguna aproximación, post-título en alguna temática infanto-juvenil, pero no necesariamente es así, porque además desde el punto de vista económico, el sueldo que tu ofreces no te permite exigir alguna especialización, y además de eso quizás también puede haber alguna coherencia en términos que, como no somos peritos, porque aquí lo único que se determina es si hay alguna vulneración o no nada más que eso, no haces un tratamiento, y por lo tanto, mirado desde ese punto de vista no vas a necesitar a un profesional especializado, como por ejemplo, si tú contratas en un programa de reparación de maltrato grave, ahí tú sí requieres de una *expertis* en términos de conocimientos y preparación teórica, pero acá no necesitas una especialización.

Entonces, la técnica o táctica para acercarse la familia y a los niños la van puliendo en el día a día.

Virginia Salvo: Así es, lo que pasa es que tienen, primero, al Trabajador Social, que tiene una formación como para poder acercarse, tiene una visión además como para poder intervenir a nivel familiar y a nivel comunitario,

además tienes al Psicólogo que va a manejar también la otra parte, por eso es súper importante que se trabaje en duplas. Porque tienes que tener necesariamente integrada la visión del psicólogo y del trabajador social, porque el trabajador social cuando hace una visita o hace terreno, también va a visualizar el entorno en que está emplazada la vivienda, va a ver dónde están, incluso el entorno en términos de infraestructura comunitaria, en donde el niño se mueve en ese entorno, a nivel intrafamiliar, cómo son esas relaciones familiares, cómo son las dinámicas familiares, lo visualizas cuando vas a terreno. Un poco, lo que yo contaba³⁶⁷, mira estábamos en entrevista con la mamá y viene el niño y tú lo ves cómo se maneja con la mamá, y todo eso aporta al trabajo que después puedes hacer en la clínica con el psicólogo y eso aporta también como argumento para lo que pueda o no exponer el abogado en el tribunal.

Carolina Lara: En el caso del abogado tampoco requiere una especialización, ya que en realidad el tema que uno maneja legalmente es algo que está en la ley de familia, en realidad lo único que hace el abogado es ver ese procedimiento de medidas de protección y asesorar a las duplas psico-sociales y a los usuarios excepcionalmente. Claramente hay que tener un sentido comunitario y social, o sea, hay que tener más o menos un perfil, yo

³⁶⁷ N. del A. En la reunión, a la que me invitaron a observar, se analizó el caso de una señora que fue denunciada de maltrato a su hijo por su ex pareja. En el contexto del estudio del caso, la señora Virginia realizó una visita a la casa donde vivían la madre y el hijo, cuando estaban conversando las dos llegó el niño y la trabajadora social tuvo oportunidad de ver como jugaba, interactuaba con su mamá e incluso con ella.

creo que todos aquí lo cumplen, porque aquí se trabaja más bien por vocación que por la remuneración o las condiciones que hay acá, pero el trato y ese tacto con el usuario yo lo he ido desarrollando de a poco. Claramente uno tiene este sentido social y hablar con las personas se te hace más fácil, pero esto de tener también un ojo clínico de saber si esto pasa, o si no es tan cierto como me lo está contando, porque uno tiene harta demanda, hartos casos y en el mismo tribunal uno va a aprendiendo, como el comportamiento, y estas reuniones³⁶⁸ que son súper útiles, en los que se eligen unos casos puntuales y comentarlos, y eso da distintos puntos de vistas. Pero para nosotros prima el lado legal, como te decía, más que el social.

12. Este trabajo interdisciplinario que es bien enriquecedor, ¿se da en otros niveles o instituciones?

Carolina Lara: Yo con otros programas he comentado en tribunales, por ejemplo con los CEPIJ con el PIE, y con otras oficinas, no sé si a nivel nacional, pero en los programas de esta índole yo tengo entendido que sí, porque también analizan casos graves, para saber cómo abordarlos. Pero algunos, a mí no me consta, es como comentario de pasillo.

³⁶⁸ N. del A. Se refiere a la reunión a la que pude asistir. Se realizan todos los Lunes entre doña Virginia Salvo, en su cargo de coordinadora, las duplas psico-sociales y la abogada, y en ellas se examinan los casos que han llegado y cómo se va a proceder en ellos desde distintas perspectivas. En lo que pude ver, noté que hay un trabajo interdisciplinar que es muy enriquecedor para la causa, lo que se traduce también en un mejor servicio para niños, niñas y adolescente usuarios de las OPD.

Virginia Salvo: Lo que ocurre es que por lineamiento técnico, tiene que haber una integración respecto de la visión de los diferentes profesionales, pero cómo se ve en cada uno de los programas, ello ya obedece a la impronta de cada profesional que va a trabajar o que trabajan en ese programa, pero incluso cuando viene la Supervisora Técnica, a supervisarnos ella nos pide o nosotros le comentamos algunos casos, en los que debe estar la dupla presente, por lo tanto también inducen a que haya una visión interdisciplinaria, una mirada desde los diferentes profesionales. Cuando nosotros hemos hecho derivaciones a otros programas, derivaciones asistidas, en ellos también se trabaja en duplas, en otros programas de la red SENAME, en esos sí yo doy fe que hay esa visión...es que necesariamente tienes que tener una visión más integral, o sea, no puede estar solamente la visión del abogado. En ese caso, se pregunta al abogado, “a ver...cómo lo abordamos”.

Carolina Lara: Claro, esa rama no es tan rígida como otras ramas del derecho. De hecho, yo siempre comento casos, porque para mí cuando la conocí en realidad es fuera de lo que yo podría pensar, en tanto así que en el mismo tribunal le han dejado el cuidado... o sea, no ha habido una vulneración de derechos con respecto de una menor de edad que tiene como pareja a un mayor de edad, pero esta niña no tiene a nadie más, no hay red familia. Entonces claramente no es vulnerador que esté con una persona, que puede ser pareja, capaz que esté cometiendo un delito, o ella lo vea como figura paterna, ellos (los tribunales) podrían separarla, porque no hay ningún vínculo

jurídico, y en cambio la han dejado con él, porque ella ha estado en un hogar toda su vida, entonces que esté con un adulto responsable, independiente que sea su pareja o no. Entonces, no es tan rígido, por eso uno necesita más allá de saber el punto de vista de la ley, igual la ley es súper acotada, en medidas de protección sólo señala el procedimiento y además agrega las medidas cautelares que se pueden solicitar, pero el tratamiento más allá queda todo a criterio. Entonces, yo sola no me atrevería a tomar una decisión, porque el ojo de la psicóloga es súper distinto al mío, igual yo soy más rígida, pero ellos tienen un criterio más amplio, el trabajador social para qué decir, ellos están “donde las papas queman”, no sé, van a la casa, conocen la realidad, ve cómo vive el niño, la economía familia. Ellos me entregan todo a mí y yo lo hago visible en el tribunal.

Virginia Salvo: Si tú ves, acá, Javiera es psicóloga comunitaria, y ella está en gestión intersectorial, pero a través de gestión intersectorial nosotros también recibimos denuncias, incluso de niños que se auto-agreden, que no era uno, eran varios, entonces ellos también traen esa visión, incluso desde lo Institucional, cómo actúa el niño en el colegio, qué fue lo ocurrió, qué necesita ese colegio que nosotros apoyemos para poder reestablecer este derecho con este niño. También tienes la visión desde el sociólogo, que no es menor, va a traer la visión desde la comunidad.

Es importante aquí el hacer cumplir que todos los profesionales opinen sobre determinado caso, porque ese caso va a volver a la comunidad, y va a volver dónde ese vecino, entonces tenemos que saber cómo es el vecino, cómo vive, dónde, y eso lo aporta Gestión Intersectorial.

12. Carolina, antes de trabajar en la OPD ¿te desempeñaste en otras áreas de familia?

Carolina Lara: Me había desempeñado en familia en forma particular de hecho mi experiencia había sido siempre en el sector privado, en estudios jurídicos y mi práctica fue en materia civiles, pero en realidad así como experiencia acá es enriquecedora y jurídicamente hablando no es difícil, porque es un procedimiento que es conocido, rápido, pero es muy importante la vocación. Más allá de eso, lo que te hace ser buen profesional es, obviamente debes conocer la ley y ser responsable y disciplinado, es más lo que se va puliendo acá, de lo criterioso que puedes llegar a ser con un determinado caso cuando es grave, también como uno se presenta frente a los usuarios. Más allá nunca había tenido experiencia de este tipo, pero de familia antes sólo causas contenciosas, como divorcios.

Y en esas causas, cuando había niños involucrados, ¿ellos participaban?

En esas causas particulares, no, se regulaba por ejemplo el régimen comunicacionales, y claramente estos temas traen conflictos para los niños,

pero nunca vi un caso en el que el magistrado haya abierto una medida de protección para el niño. Aquí han llegado algunas causas contenciosas, dos en realidad: un oficio que es de un régimen comunicacional y también han llegado por violencia intrafamiliar han preguntado la situación del niño.

13. ¿Interactúas directamente con los niños?

Carolina Lara: Acá en la oficina no, pero claramente cuando hay un usuario que lo requiere se agenda una entrevista conmigo, y es más que nada para dar una orientación complementaria a la de la dupla psico-social, les despejo otro tipo de dudas, porque por lo general la gente que viene acá tiene otros tipos de problemas también, es una de las aristas que tiene su gran problema familiar.

Los oriento, y en su caso, los derivo a la Corporación de Asistencia Judicial.

En el tribunal tengo contacto con el tribunal, pero con los niños no. Algunos cuando son más grandes, catorce años, los saludo. Evito preguntarles mucho por el tema de la entrevista única, y además cuentan con Curador ad litem, en realidad la abogada del niño es el Curador, yo represento a la institución, no al niño, y la institución va a resguardar al niño.

Virginia Salvo: En todo caso, como nosotros trabajamos en base a enfoque de derecho cuando uno va a presentar una medida de protección uno le informa a los papás o a la persona responsable y le cuenta un poco cuál es el proceso,

qué es lo que va a vivir. Si en ese caso, entrevistamos al niño, también se le explica al niño, pero lo hacemos desde nosotros, no desde la abogada.

Carolina Lara: De hecho yo no participo mucho en la intervención que hacen las duplas, sólo en casos muy puntuales cuando piden ayuda, cuando tienen otros temas como régimen comunicacional o de pareja. Pero eso, no tengo contacto con los niños.

Virginia Salvo: El niño tiene fundamentalmente contacto con la psicóloga y los adultos con los psicólogos y trabajadores sociales.

14. En ese sentido, cuando los niños llegan a la OPD, la labora enfocada a dar contención, ustedes se preocupan de esos elementos del fuero interno del niño, además de tomar las medidas judiciales.

Virginia Salvo: Así es. Hay casos y casos, hay casos en que la situación está tan clara que el psicólogo no trata de ahondar cuando es claro para abrir el proceso, porque los niños están aquí dos a tres sesiones, entonces evitamos abrir procesos que luego no podamos cerrar, pues necesariamente se produce una vinculación con el profesional y luego tú tienes que derivar con otra persona.

Entonces, idealmente la derivación fuera rápida. Hay situaciones que están lo suficientemente claras y tratamos de no tocar mucho al niño, porque hay niños que incluso te dicen “de nuevo tengo que venir a hablar con la tía”, “ya

tengo que hacer el dibujo bajo la lluvia”, y se saben, porque han recorrido tantas instituciones, entonces como una forma de visibilizarlos y respetarlos es que en situaciones suficientemente claras, nosotros hablamos con los papás y les decimos que vamos a judicializar el caso y cómo lo vamos a hacer, y no tocamos al niño. Pero hay otras situaciones en las que el profesional debe acompañar el niño, hacer contención, escucharlo, hemos tenidos casos muy fuertes, como por ejemplo, un niño que tratara de auxiliar a su mamá que se tiró del séptimo piso y que entremedio tuvo que hacerle una zancadilla a la hermana chica que pensó que la mamá estaba jugando y se iba a tirar también. Entonces, mientras generas algún cupo en alguna institución para que lo atienda, vamos acompañando al niño en ese proceso y a la familia, y una vez que se genera una vacante lo vas preparando para que vaya a otro profesional, y vas separándote del niño, lo vas preparando para que asista a otro programa, con otra tía.

15. ¿Les ha pasado que la experiencia del niño en Tribunales haya sido traumática, versus lo que pasa acá, que es un lugar acogedor para los niños?

Carolina Lara: Mira yo conozco los casos, en todo caso cuando los niños son más grandes los entrevistan, no cuando son más chicos. Yo he visto que en dos veces los niños han quedado llorando, pero es por las decisiones, por ejemplo cuando se toman medidas como alejarlos de la mamá, llevarlos a un

hogar, que son situaciones de alta complejidad. Pero en general, van preparados porque antes se les informa que van a hablar con el magistrado...

Entonces, van informados...

Carolina Lara: Sí, además se les explica a los papás que el magistrado quiere hablar con el niño. Por lo que he visto, les preguntan cosas como “¿Cómo estás?, ¿Cómo te va en el colegio?”, es más como una conversación.

Virginia Salvo: Sí, como una conversación.

Carolina Lara: Es como más trivial, no le preguntan “¿Tu papá te pega?”, y como te digo, las veces que lloran es por la decisión que se toma, nunca he visto a un niño traumatado después de la entrevista.

17. Para finalizar, ¿ustedes consideran que el procedimiento de medidas de protección es integrativo de los niños?

Virginia Salvo: Yo considero que no es blanco o negro, es tan relativo, porque depende de cada una de las situaciones, y yo creo que en eso la responsabilidad nuestra es tremendamente importante en clarificar ciertas situaciones que le van a permitir al juez tomar la decisión más acertada posible. En eso uno tiene que ser súper fiel y transparente en lo que va a informar y cómo lo va a informar, porque claro, nosotros conocemos la casa, conocemos donde vive el niño, la familia, conocemos las partes, tuvimos una entrevista, dos entrevistas y el juez está viéndolo en el minuto y además de eso los papás se

ponen a pelear entre ellos, se gritan, se descalifican e incluso a los profesionales, entonces también es comprensible en realidad la decisión que ellos puedan tomar, y en eso yo creo que tenemos que ser muy responsables respecto de la información, que debe ser muy fidedigna, muy apegada a la realidad de como vemos la situación, lo más objetivamente posible. Uno puede perder de vista, en esto, que...yo siempre le digo a los chiquillos aquí “el niño siempre debe estar sobre la mesa”, porque a veces uno tiende a caer en el discurso o, piensa que estamos en una sociedad muy “adulto-centrista”, entonces uno va con el discurso de lo que te dijo alguno de los papás, ¿y el niño?

Yo pienso que la mayoría de las decisiones que toman los magistrados no están equivocados, que hay situaciones que pudieran llegar a ser traumáticas para los niños, porque él no esperaba que se tomara esa decisión, pero que es lo mejor para él. En eso, nosotros despejamos ciertas situaciones, sobre todo cuando son de alta complejidad, pidiendo que sean acompañados por otro programa a futuro o a veces el tribunal nos pide hacer seguimiento, por tres meses o cuatro meses, y eso es muy importante para evaluar la decisión del juez. Hay situaciones en que esto no es necesario, porque es tan clara, pero normalmente nos piden seguimiento.

Carolina Lara: Entonces si cambian las circunstancias, uno ve antecedentes que no se vio en su momento, uno pide audiencia de revisión. Siempre todas

las medidas son de carácter provisorio en materia de medidas de protección, entonces cualquier situación distinta que a las que se tomaron en consideración para resolver, uno pide revisión.

Virginia Salvo: De hecho, nos ha pasado, no muchas veces, pero hay casos en que hemos pedido revisión.

ENTREVISTA 3: ABOGADO JUAN FRANCISCO PINOCHET CASTILLO.

Es abogado de la Fundación de Asistencia Legal de la Familia (FALF) Pudahuel. Además se dedica el ejercicio libre de la profesión en el estudio Tamargo y Pinochet Abogados Asociados (TyP Abogados Asociados), en que tramite causas de familia.

El objetivo de esta entrevista es conocer, desde sus labores profesionales, cómo es la relación de un abogado con niños, niñas y adolescentes. Me centro en su rol de Curado ad Litem, que le ha tocado desempeñar por sus funciones en la FALF, pero también con contraste a las causas que conoce en forma independiente en su estudio.

1. Descripción de sus labores en la FALF, ¿qué tipo de causas conocen?

Yo en este momento estoy ejerciendo el rol de abogado Jefe del Consultorio de Pudahuel de la Fundación de Asistencia Social y Legal de la Familia. Como para aclararte un poco, la Fundación es un lugar donde se hacen prácticas, es una persona jurídica de derecho privado, que presta representación para gente que tiene escasos recursos, y que además tenemos el tema de evaluar postulantes en práctica, pero la función principal es defender a personas de escasos recursos en temas directamente de derecho familia y de tramitación ante tribunales de familia. Respecto de los temas que nosotros vemos, en general todas las causas de familia donde se vean los intereses de los niños involucrados, para eso más que nada te tendría que señalar las causas que no vemos, porque el resto de las causas que se ven en familia, en casi todas se toca tangencialmente el derecho de los niños. Principalmente no vemos son divorcios, ningún tipo de divorcio, unilateral ni de común acuerdo, ni con causal. No vemos tampoco separaciones ni nulidades, no vemos violencia intrafamiliar, entendiéndose que se trata de violencia solamente cuando hay problemas regulados expresamente por la Ley N° 20.066, pero cuando hay adultos involucrados. Tampoco vemos la declaración de bien familiar, lo que encuentro bastante discutible, desde ese punto de vista de derecho de niño, pero a nosotros hace cuatro años nos llegó un Oficio desde la Subsecretaría de Justicia, donde se señala que no podemos ese tipo de causa, nos dieron un listado entre ellos esa causa. En general todo lo demás lo vemos.

2. Y en estas causas que conocen, ¿cómo se interactúa con los niños, niñas y adolescentes? (como los reciben, si hay algún lugar especial)

El tema en general es que nosotros la forma en que interactuamos con los niños, más que como Fundación, de manera personal los abogados de allá, es que nosotros somos designados con frecuencia como Curadores ad Litem, en especial en causas de protección, que es donde más se designan Curadores, sin perjuicio que se puedan designar en otras, pero en volumen las que más designaciones tienen son las causas de protección. Ten en consideración que el sector en que nos toca trabajar es un sector bastante vulnerable, socialmente hablando, así que la cantidad de causas de protección, proporcionalmente hablando, es bastante alta. En eso, el Tribunal de Pudahuel tiene una función más activa en la designación de Curador, porque casi siempre en forma de oficio, se designa un Curador en todas las causas en las que no existe un representante legal respecto a un niño, niña o adolescente o también cuando el interés pueda ser contradictorio o independiente, que son los casos que más ocurren, porque en los casos de medidas de protección normalmente los requeridos son los padres, entendiendo que ellos no pueden representar de manera correcta y efectiva los derechos del niño, cuando ellos son los agentes vulnerados en la mayoría de estos casos. Entonces en esos casos se designa mucho Curador, como la Fundación, como institución, es de las que designa Curador dentro de lo que le toca a ese tribunal.

También he visto como funcionan otros Tribunales, en especial San Miguel, y he visto que ellos designan mucho a funcionarios del SENAME, que es otra de las instituciones que se encarga de la defensa de los niños.

Normalmente por tema de tiempo, nosotros no tenemos mucha oportunidad de poder reunirnos con los menores, sin perjuicio de que nosotros siempre tenemos la posibilidad de solicitar las suspensiones de audiencias para poder entrevistarnos con ellos. Hay que tener en consideración que en general el tratamiento que tiene en un Tribunal de Familia depende mucho de la edad del niño, porque normalmente hay criterios disímiles, pero podríamos decir que uniformemente, a partir de los siete años, normalmente los niños son escuchados en forma directa. Ahora, el niño sí o sí participa de alguna manera, pero normalmente por la vía de la evaluación cuando es más chico, pero así activamente, con posibilidad de participar directamente en las decisiones que les afecten, cuando son más chicos es difícil, además por una razón que a mi juicio es entendible, porque un niño cuando es muy chico, no tiene mucho criterio como para poder decidir las cosas que le hacen bien. Sin perjuicio de ello, como todos sabemos, siempre participan, no son los llamados a tomar la decisión, porque además son materias mucho más complejas y dependientes de diversos factores, de temáticas de no fácil solución.

Eso respecto de lo que te puedo decir como institución materialmente, nosotros tenemos la participación más cercana que tenemos con los niños, y como interactuamos con ellos, esa es la mayor.

Debo mencionarte que además la fundación de Pudahuel está ubicada en Pudahuel con El Salitre, y al lado existe un centro-hogar de menores que se llama "Cread Pudahuel", donde se nos da la posibilidad de visitarlos, y en verdad por temas de tiempo se nos da bastante fácil, no queda a más de cinco minutos. Pero por carga de trabajo, nuestros funcionarios sólo trabajan media jornada, en ese sentido tampoco se hace fácil poder tener un contacto de manera más personalizada con los niños.

3. En otras causas que sean de familia y que afecten a niños de las que usted como abogado tiene, ¿fomenta la participación de los niños?, por ejemplo: si tiene un divorcio, y hay que regular cuidado personal y relación directa y regular, ¿solicita la opinión de los niños?

A título personal, lo que he visto es que la participación que tienen los niños es bastante marginal, por no decir casi nula, yo te puedo señalar que cuando a mí me ha tocado hacer divorcios, y me ha tocado patrocinar divorcios de común acuerdo, que es donde se regula de forma anticipada estos temas, uno ve que hay adolescentes en esa regulación de relaciones, normalmente uno quiere escuchar al adolescentes, pero para ser franco, en mi caso, cuando son menores de diez años, casi nunca, siempre el acuerdo se toma entre los

adultos y ahí se regula lo que estamos hablando y que es lo que la ley llama “Acuerdo Completo y Suficiente”, donde se regula las relaciones entre los adultos, y de ellos respecto de los niños. En ese caso en particular, las decisiones las toman las mismas partes del juicio.

4. Cuando es designado como Curador ad Litem y se presenta frente a los niños como abogado ¿Cuál es su reacción?

En general, cuando son adolescentes la recepción de los adolescentes no es mala. En el caso de los niños es más complejo porque no entienden mucho la función que uno está desarrollando. Lo que yo he podido percibir, no me lo han dicho, pero lo yo percibo, es que el niño cuando está en un escenario tan complejo, ve de alguna forma amenazada su integridad en el futuro, entonces desconfía de todos los adultos que no conoce.

Particularmente los adolescentes, de 13-14 años, más que nada saber qué es lo que uno va a hacer, va a decir, ellos ya entienden más o menos la función, y si no la entienden se les explica, entonces tienen una capacidad como para saber la función que se está cumpliendo y para qué uno está ahí.

Ahora respecto al tema, hay muchos juicios en los que se citan a los niños o adolescentes, se les cita precisamente para tener una entrevista reservada, la entrevista reservada, dependiendo de los criterios de cada Tribunal, normalmente se realiza antes del inicio de la Audiencia, entonces de alguna forma, y en algunos casos, aunque hay criterios distintos de magistrados, hay

quienes permiten que el Curador esté presente y otros que no. Yo pienso que lo lógico es que el Curador estuviese siempre presente, pero aun así hay magistrados que son de la idea que en una Audiencia Reservada, el niño no tiene que estar bajo la injerencia de ningún tercero, solamente en presencia del Tribunal.

5. En general, cuando Usted asume la labor de Curador de un niño, las instancia, como infraestructura o la oportunidad de poder tener una entrevista con el niño ¿se da, o en general tienen que funcionar con lo que se les da a conocer en el expediente?

En la experiencia práctica de nosotros, con las dificultades que decía anteriormente, las dependencias del Tribunal, al menos de Pudahuel, no permiten de manera amigable cualquier tipo de conversación con los niños, ya que la conversación se produce en sala, yo entiendo que en Santiago y en otros Tribunales un poco más, existe la infraestructura como para tener una sala especial, y poder conversar de una manera más tranquila con el niño, pero de cualquier forma, cualquier cosa es mejor que el sistema que había antes. Pero sí te puedo mencionar, que si me preguntas que si existe infraestructura como para este proceso, te puedo decir que no, aun no. Sin perjuicio que el sistema ha mejorado.

6. ¿Por qué me dice tan claramente que es mejor que el sistema anterior? ¿En qué lo nota?

De partida el sistema antiguo no existía el principio de inmediación, lo que sucedía en la práctica era que los niños solamente eran entrevistados por los profesionales que eran asesores del Tribunal, que eran asistentes sociales; no tenían mucho contacto con el magistrado. De hecho, normalmente era un magistrado por Tribunal lo que no permitía que el magistrado tuviera conocimiento en terreno de la situación del niño, y más que nada tomaba conocimiento de la información que se le proporcionaba por terceras personas. Esto era, en mi opinión, un sistema que no favorecía la transparencia, que no daba la seguridad a las partes que la persona que estaba decidiendo era precisamente el juez, y como todo el mundo sabe, cuando la información llega por un tercero es distinto de cuando le llega directamente por la persona, entonces desde ese punto de vista me atrevo a afirmar que el cambio es siempre positivo, sin perjuicio de que todos los sistemas, todos los procedimientos pueden mejorarse.

7. Desde su experiencia personal, ¿cómo logra relacionarse con los niños, niñas y adolescentes?

La verdad es que es un tema, por la realidad del tribunal, no es un tema fácil. Además que son niños que vienen de una realidad bastante compleja, entonces presentarse de esa forma (como Curador) es algo que no es fácil para el niño entenderlo.

En la práctica, uno suele hacerlo en la audiencia, prácticamente en el llamado a la audiencia. Sin perjuicio de que cuando uno termina la audiencia, considerando que la función del Curador persiste hasta que uno solicite que se le releve de esa función, y además supuestamente otorga la responsabilidad del ejercicio de la acción penal si fuere necesario. Normalmente cuando uno conoce al adolescente se hace más fácil, porque uno se lo encuentra de nuevo y ya sabe de qué se está hablando, pero al principio presentarse como su Curador, decirle que la función que tiene uno es representar sus intereses como para que el niño sepa que uno no va a realizar alguna gestión en su perjuicio. Sin perjuicio de que uno a veces, la intención el niño no es muy buena para su desarrollo futuro, y en esos casos uno tiene que emitir opiniones que van en contra de lo que ellos quieren. Pero sí, uno debe explicarle que la función principal es representarlo, ahora sí lo que uno escucha del adolescente es lo que uno piensa que es lo correcto, no hay problema. El problema surge cuando hay ideas del adolescente que son contrarias a lo que uno opina, se produce una situación un poco más tensa.

También considerar que, como se señaló, explicarles que uno representa sus intereses en la causa, pero no es el magistrado de la causa, y que de alguna u otra forma uno toma el rol de parte de la causa, no existiendo una función de resolución del conflicto por parte de uno, sino más que nada es un interviniente que produce prueba y que puede emitir una opinión al final del proceso.

8. Ahora, sobre la figura el Curador ad Litem, considera que es adecuada, es suficiente o debiese complementarse con otra, como el abogado del niño.

Mira yo pienso que la función del Curador ad Litem podría abarcar casi todos los ámbitos de necesidades del joven. Sin perjuicio de que la idea de un abogado yo la considero como un estado superior de evolución del sistema.

Otra cosa que a mí me gustaría señalar respecto de eso es que una de las grandes problemáticas que tiene el Curador ad Litem es precisamente que en la actualidad, al menos por ley, está abocado a la designación de abogados jefe de corporaciones y fundaciones de defensa gratuita que normalmente son centros especializados en una sola materia, considerando que muchas veces, en especial considerando vulneraciones de derechos en los procedimientos de protección, muchas veces las vulneraciones no solamente abarcan las figuras de familia, sino también hay figuras de carácter penal que a mi juicio que podría requerir de un abogado especializado además en temas en penales. Lo que a nosotros, en mi experiencia personal, me ha tocado litigar y sin tener la experiencia suficiente en materia penal uno sabe que en definitiva uno no está ejerciendo todas las funciones en beneficio del niño.

9. Desde su perspectiva, ¿Considera que el procedimiento ante los Tribunales de Familia, si quiere distinguirlo en ordinario y especiales, es integrativo de los niños?

Es difícil contestar eso, lo voy a título personal, no estoy claro que esto sea la verdad. Yo pienso que no es positivo, yo pienso que bajo ningún respecto es positivo para el niño, y el niño se da cuenta de inmediato.

He logrado conversar muchas veces con adolescentes, y si bien es cierto que tienen una actitud cordial con uno, en general lo ven como una etapa de tensión y en la que arriesgan cosas muy importantes para ellos. Lamentablemente no se ha creado un sistema mejor, entiendo que el tribunal de alguna u otra forma tiene que resolver problemas que son de urgencia y al no crearse un sistema un poco más evolucionado, tiene que hacerse de esa forma, sin perjuicio de eso si me preguntan, si en mi opinión no es agradable para un niño o adolescente estar ahí, en mi opinión no lo es.

10. Entonces, desde su perspectiva qué elementos se podrían cambiar o de qué forma se podría dar un tratamiento que fuera más integrativo y que los niños se sintieran más cómodos dentro de lo complejo de la situación que están viviendo.

Dentro de la estructura actual es difícil pensar en un cambio, se me ocurre que de alguna forma lo podría mejorarse es el hecho que la entrevista con los menores se desarrolle en un Tribunal, se me imagina que eso podría ser un elemento que podría descomprimir un poco la situación.

Otro de los problemas que yo veo, del asunto de familia, sobre todo en los juicios de vulneración de derecho es el tema de la sobre intervención de los

niños, y eso en definitiva hace que para los niños exista una especie de agotamiento, porque están sujetos a la intervención de dos o tres instituciones, y eso en el historial de muchos niños o jóvenes que en definitiva vuelve a recaer su adulto responsable en situaciones de vulneraciones, hay niños que pueden estar fácilmente sometidos a más de diez evaluaciones. Se me ocurre que eso tampoco ayuda en un clima favorable para joven y que no se sienta tan invadido en su intimidad en la resolución de su conflicto.

En materia penal entiendo que existen algún tipo de iniciativa para evitar la sobre exposición, la sobre intervención de los adolescentes y niños, sobretodo lo señalo en caso de vulneración de la esfera de la sexualidad, que a mi juicio, de lo que me ha tocado ver, es lo que más daña a los niños y de forma más permanente.

11. Algo más que considere importante agregar a esta entrevista, respecto del tema en general que ha sido abordado.

En general el tema de la participación de los adolescentes es insuficiente, que de alguna forma los adolescentes debieran participar en la gran mayoría de los juicios que se ven en los tribunales de familia.

Me mencionó el tema del divorcio, considero que debiese haber mayores exigencias legales en ese tema para la participación, sin perjuicio de que si bien entiendo que la mediación es obligatoria solamente en tres materias, también se puede mediar en otros temas como en materias propias de regulación de

menores cuando hay un divorcio. Se me ocurre que en la práctica su participación es bastante escasa en todo lo que dice relación con figuras que le puedan afectar.

La figura del Curador quizás, entiendo que debiera tener un rol un poco más activo. Pero también la infraestructura y también los medios que tienen los curadores normalmente no les permiten tener una función más dedicada exclusivamente a ello. En el caso de experiencia personal de abogado de la corporación y de la fundación en la práctica tenemos una jornada demasiado corta como para ejercer de manera efectiva la adecuada representación de los niños. En mi experiencia personal me ha tocado ver que a los magistrados les molesta que uno no pueda ir al lugar donde se encuentran los jóvenes, entiendo que la aprensión es razonable, lo que no se entiende muchas veces es que las jornadas no permiten, y el volumen y carga de trabajo no permiten realizarlo de la manera que debiese ser. Nosotros como institución nos encargamos de revisión de escritos, evaluación de postulantes, atención de personas, y además de concurrencia de audiencia y eso además sumarle la fundación de ir a visitar a los niños, se hace una tarea difícil. Quizás podría ser la instancia para crear un centro especializado, pero lamentable eso requiere recursos y todo el mundo sabe que los recursos en todos los países son escasos, más en países como el nuestro, y las necesidades son ilimitadas, como un principio económico fundamental.