



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**ANÁLISIS DEL DERECHO A SER OÍDO DEL NIÑO Y A LA PARTICIPACIÓN EN
EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA.**

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

AUTOR:

CAROLA ANDREA ROBLEDO GALARCE

PROFESOR GUÍA:

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE

Santiago, Chile

2017

AGRADECIMIENTOS.

A mis padres, fuente inagotable de amor y fe.

A mi marido, paciente y amoroso.

A mi profesora guía, quien inspira y motiva a perseverar en el estudio por la Infancia.

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA.....	
AGRADECIMIENTOS.....	I
TABLA DE CONTENIDOS.....	II
RESUMEN.....	VI
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
CONCEPTO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO Y A LA PARTICIPACIÓN Y SU CONSAGRACIÓN LEGAL.....	2
1.1. Concepto.....	2
1.2. Consagración en Derecho Internacional.....	5
1.2.1. Convención de los Derechos del Niño.....	5
1.2.2. Observaciones Generales de la ONU.....	7
1.2.3. Opinión Consultiva de Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	8
1.3. Consagración legal en nuestro país.....	12
1.3.1. Ley de Menores.....	13
1.3.2. Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.....	14
1.3.2.1. Historia de la ley.....	16
1.3.3. Ley N° 19.620 de Adopción.....	17
1.3.4. Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.....	17

1.3.5. Código Civil y sus modificaciones por la Ley N° 20.680.....	18
1.3.6. Proyecto de ley sobre el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez..	22
1.4. Derecho Comparado.....	23
1.4.1. Argentina.....	23
1.4. 2. Perú.....	33
1.4.3. Venezuela.....	37

CAPITULO II

ÁMBITOS DE EJERCICIO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO, SEGÚN LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DE LOS NIÑOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES AFINES.....	43
2.1. Derecho del niño a ser oído en la esfera judicial.....	43
2.1.1. Supuestos y condiciones en que debe oírse al niño.....	48
2.1.2. Realidad nacional.....	51
2.1.3. Posibilidad de que el niño no exprese libremente su opinión en la esfera judicial.....	61
2.1.4. La opinión del niño ¿es vinculante para el Juez?.....	63
2.1.5. Otros ámbitos de ejercicio del derecho del niño a ser oído y el derecho a la participación.....	65
2.2. Derechos y principios afines en el ejercicio del derecho del niño a ser oído.....	73
2.2.1. Niño como sujeto de derechos.....	73

2.2.2. Autonomía progresiva.....	73
2.2.3. Interés Superior del niño, niña o adolescente.....	74
2.2.4. Protección integral de los derechos del niño.....	77
2.2.5. Principio de igualdad o no discriminación	77

CAPITULO III

LA PROTECCIÓN DE DICHOS DERECHOS COMO DERECHO HUMANO DEL NIÑO.....	79
3.1 Los derechos de los niños son derechos humanos en el Derecho Internacional.....	79
3.2. Posición del Comité de Derechos del Niño.....	81
3.3. Situación en nuestro país en relación al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República y obligación jurídica como Estado Parte.....	81
3.4. Derecho del niño a ser oído, el debido proceso legal y la declaración de nulidad del procedimiento y la sentencia en la jurisprudencia nacional.	87
3.5. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	98
3.5.1. Caso Atala Riffo e Hijas contra Estado de Chile.....	98
3.5.2. Caso Fornerón e Hija contra Argentina.....	103
CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFIA	110
ANEXO	119

1. Autoacordado que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en tribunales con	
---	--

competencia en materia de familia, n°237-2014. Corte Suprema.....	119
2. XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, celebrada en Santiago de Chile el año 2014, acordó el Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, REGLAS Y CONSIDERACIONES PARA EL JUZGADOR. 40 a 52p.....	121
3. Jurisprudencia Tribunales Superiores de Justicia.....	127
3.1. Corte Suprema, Recurso de casación en el fondo, Rol N°: 12057-2013, de 26 de febrero de 2014.....	127
3.2. Corte Suprema, Recurso de casación en la forma y en el fondo (anula de oficio), Rol: 124-2015, de 18 de agosto de 2015.....	131
3.3. Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Apelación (anula de oficio), Rol N°: 670-2014, de 16 de abril de 2015.....	134

RESUMEN.

Es innegable la importancia de la protección de la niñez y adolescencia en toda sociedad, en incontables ocasiones hemos escuchado y dicho que “los niños son el futuro”.

Las consideraciones, sociales, culturales, morales y todo tipo son diversas según las distintas sociedades y por ello no es posible pretender que el criterio de protección sea unificado de una sola vez, ya sea con la mera ratificación de instrumentos internacionales o la consagración de los derechos establecidos en ellos en el ordenamiento nacional.

En nuestro país, se han dado los pasos descritos, sin duda se ha avanzado en adecuar nuestra legislación a los parámetros internacionales de protección de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo pese a que se encuentra en tramitación el proyecto de Ley de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia, nos queda mucho tiempo para seguir aplicando la normativa vigente y que ha demostrado ser insuficiente para los tiempos actuales.

En este trabajo me enfoqué en el análisis de uno de los derechos del niño en particular, el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, que, si bien tiene implicancias en muchos ámbitos de su desarrollo, fue analizado en particular en cuanto a la forma que es recogido en el derecho Internacional, comparado, su consagración en el actual Derecho de Familia Chileno y su desarrollo en la esfera judicial de la justicia de familia.

INTRODUCCIÓN.

El Derecho Chileno ha experimentado una evolución conforme se ha ido adecuando a la realidad internacional y el Derecho de Familia no se ha quedado atrás.

Desde cambiar la nomenclatura de menor a niño, niña y adolescente hasta la incorporación de nuevos principios como son la corresponsabilidad y la igualdad parental.

Precisamente en orden a esta evolución, es que el niño, niña o adolescente ya no es considerado como un objeto de protección sino como un sujeto de derechos.

Consecuencia directa de este estatus como sujeto de derecho, surge el derecho a ser oído, que si bien puede ser ejercido en muchas esferas, en este trabajo será tratado con especial atención en cuanto ser escuchado en juicio, analizando su reconocimiento en el derecho internacional, comparado y chileno.

Por otro lado, el derecho del niño a ser oído en juicio, plantea discusiones, tanto en doctrina como en la práctica, para abogados, consejeros técnicos y jueces. Por ejemplo, si la opinión del niño sería o no vinculante para el Juez.

Por último, se plantea la importancia y categoría de este derecho a nivel de derecho humano, existiendo reconocimiento como tal en instrumentos internacionales y de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CAPITULO I

CONCEPTO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO Y A LA PARTICIPACIÓN Y SU CONSAGRACIÓN LEGAL.

1.1. Concepto.

Primeramente, cabe señalar, qué entendemos por niño¹.

La Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN), nos entrega un concepto en su artículo 1: “Para los efectos de la presente convención se entiende niño a todo ser humano menor a 18 años de edad, salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.²

La Opinión Consultiva N° 17, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ratifica los estándares internacionales en cuanto a definir niño, como toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.³

La Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, en su artículo 16, al garantizar el interés superior y el derecho a ser oído del niño, niña o adolescente, “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”.⁴

¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 40 p.

² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 14 de enero 2017] 10 p.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta en línea 28 marzo 2017] 38 párr.

⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2004. Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557> [consulta en línea 14 de enero 2017]

Cabe señalar que los términos utilizados en la Ley de Familia y el Código Civil son diferentes, ya que según el artículo 26 del Código Civil: “Llámesse infante o niño todo el que no ha cumplido siete años”, dicha norma es inclusiva⁵, naturalmente, de las “niñas”, de acuerdo con la regla técnica del inciso 1° del artículo 25 del mismo Código Civil”.

Ante la singularización en nuestra legislación interna, de los conceptos de niño, niña o adolescente en la ley especial de Tribunales de Familia, en todo caso hay que tener en cuenta a la CDN, pues siendo un tratado internacional que versa sobre Derechos Humanos, ratificado por Chile y encontrándose vigente, integra nuestro ordenamiento jurídico y que sin perjuicio de la discusión entre los constitucionalistas sobre su rango de jerarquía, tiene a lo menos rango constitucional, por lo que prevalece sobre la ley simple, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

Ahora bien, en el análisis surge una pregunta, ¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho del niño a ser oído?, ya que ha sido tratado indistintamente en la legislación como derecho o principio, su doble naturaleza cobra importancia, por cuanto tendría consecuencias jurídicas considerarlo de una u otra forma.

Miguel Cillero Bruñol, lo considera uno de los principios estructurantes que aporta la CDN, lo enuncia como el de autonomía y participación (artículo 5 y 12), que, en un “sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.”⁶

⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. 2011. Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial. Santiago, Legal Publishing Chile.

⁶ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (2007). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Revista Justicia y Derechos del Niño – N°9, Unicef. https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf#page=125 [consulta en línea 28 de mayo de 2017] 133p.

Si lo consideramos un principio, su contenido sería abstracto y con aplicación en concreto al ser utilizado como un criterio o norma de interpretación por el juez, sin embargo, no sería posible exigir su cumplimiento.

Sucede lo contrario si lo consideramos un derecho, y más concretamente el derecho a ser oído en juicio, ya que sería exigible mediante recursos legales.

Según el profesor Cristian Lepin Molina, se trata de un “concepto jurídico determinable, porque si bien no está definido expresamente por la ley, como tampoco el interés superior, la gracia de los principios es que son normas más flexibles y que permiten encontrar solución para el caso concreto.” Asimismo, señala que “sólo correspondería enmarcarlo como un derecho que tiene un niño en particular o en un colectivo, como por ejemplo los niños migrantes o de determinada etnia”.⁷

Ya sea principio o derecho, el derecho del niño a ser oído, por lo tanto a expresarse individualmente y a la participación, como un grupo de niños⁸, le nacen de su condición de persona humana, se le reconoce entonces la “manifestación de su derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento”⁹, ya que el niño, niña o adolescente ante todo es un sujeto de derecho, que dada su condición en que necesita una protección adicional, le son conferidos derechos por normas que deben entenderse complementarias y no sustitutivas, de un sistema general de protección a las personas.¹⁰

⁷ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. Conversatorio “La participación de los niños en los procesos de familia. El derecho a ser oído”. 27 octubre 2016, Programa de Estudios, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 15 de enero 2017] 9 párr., 7 p.

⁹ VARGAS PAVEZ, MACARENA, & CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, vol.17, N°1. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> [consulta en línea 22 de enero 2017] 179p.

¹⁰ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma. 70p.

Cabe señalar que los ámbitos en que el niño, niña o adolescente puede hacer efectivo su derecho, es muy amplio, se suele identificar con la intervención en juicio, a través de una audiencia reservada, pero tiene manifestación en cada esfera donde el niño vaya a desarrollarse, ya sea referido a la educación, el entretenimiento, la salud o en el seno de la familia. Sin embargo, en el ejercicio de este derecho debe armonizarse con otros principios establecidos en favor de los niños, como la autonomía progresiva y el interés superior del niño, que serán explicados en el capítulo respectivo.

1.2. Consagración en Derecho Internacional.

1.2.1. Convención de los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño, en adelante CDN, es un tratado internacional, emanado de la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y ratificado, promulgado y publicado por nuestro país el 27 de noviembre de 1990.

Si bien la CDN, “no es el primer instrumento jurídico internacional para el fomento y protección de los derechos de los niños, es el resultado de la evolución de estos derechos”¹¹, y significó un cambio de paradigma en cuanto a la concepción imperante respecto de la infancia y adolescencia, reconociendo la calidad de sujeto de derecho del niño, niña o adolescente y sus derechos que le pertenecen en razón de su calidad de ser humano y en su condición de niño que merece protección., “El niño, en tanto que ser humano particularmente vulnerable, debe recibir con prioridad, protección y asistencia”.¹²

Asimismo, consolida la idea del niño sujeto de derechos autónomos, consagrando la “Doctrina de la Protección Integral del Niño, a nivel de comunidad internacional e

¹¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 30p.

¹² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 21 de enero 2017] 8 p.

impone su reconocimiento a través de la adecuación de las legislaciones internas de los Estados Partes”¹³, para los cuales es vinculante, según los siguientes artículos de la CDN:

Artículo 2.1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna independiente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Artículo 4. Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

Los pilares fundamentales de la CDN, son los principios de la no discriminación; el interés superior de la infancia; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto por la opinión de los niños y niñas.¹⁴ El Comité de los Derechos del Niño, también señala como principio fundante la no discriminación.

Dichos principios son fundamentales, no solo por su concreción sino porque además conforman criterios de interpretación a seguir por los Estados Partes.

En cuanto al derecho del niño a ser oído, es reconocido en el siguiente artículo:

Artículo 12.1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o

¹³ GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ. 2011. La relación directa y regular como efecto de la ruptura. Revista de Magister y Doctorado en Derecho N°4-2011. 121 y 122 p.

¹⁴ UNICEF-CHILE 2017. <http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/> [consulta en línea 21 de enero 2017]

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

1.2.2. Observaciones Generales de la ONU.

Para contribuir a la operatividad y vigilancia en el cumplimiento de la CDN, en su artículo 43.1, se crea el Comité de los Derechos del Niño. Establece que dicho órgano tiene por finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la Convención.

En el desarrollo de sus funciones, el Comité elabora la Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, del año 2009. Su objetivo es apoyar a los Estados Partes en la aplicación efectiva del artículo 12 de la CDN.

Esta Observación General fue el resultado de un debate general del derecho del niño a ser oído, que incluyó participación de niños, fue celebrado el año 2006 y se utilizó la experiencia acumulada en virtud del examen de los informes¹⁵ de los Estados Partes y la puesta en práctica del derecho consagrado en el artículo 12, por parte de gobiernos, organizaciones no gubernamentales y de niños.¹⁶

Uno de los aportes de la Observación, es acuñar un término que surgió con la práctica y evolución en la aplicación del artículo 12, se trata de la participación, por lo general se utiliza para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de los procesos.¹⁷

¹⁵ Artículo 44.1 de la CDN. “Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario general de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 14 de enero 2017] 31p.

¹⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 15 de enero 2017] 6p.

¹⁷ Ibid., p. 5.

Asimismo, se desarrolla haciendo la distinción entre derecho del niño a ser oído de forma individual y a la participación de grupos de niños, aunque en ambos debe considerarse su edad y madurez.

La participación por un grupo de niños puede adoptar el carácter de un proceso, en que ellos serán oídos y sus opiniones serán tomadas en consideración para la adoptar decisiones, formular políticas, programas y leyes que sean pertinentes en los ámbitos de desarrollo de la vida de los niños.

Por otro lado, la Observación N°12 es muy importante, ya que elabora un análisis jurídico del artículo 12 de la CDN, estableciendo las medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, las obligaciones de los Estados Partes, condiciones necesarias básicas para el ejercicio del derecho que se otorga al niño y la vinculación de este derecho y otros garantizados por la CDN. Convirtiendo a la Observación, en un buen instrumento de interpretación e integración con las legislaciones internas de los países que ratificaron la CDN.

Sus aportes serán analizados conforme se irán tratando los distintos temas a lo largo de este trabajo, con la debida referencia a dicho documento.

1.2.3. Opinión Consultiva Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Más allá de la consagración en la CDN respecto del derecho del niño a ser oído, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, la Comisión Interamericana (órgano de la Organización de Estados Americanos) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se han referido a este tema.

Lo primero a considerar, es que la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano, por ello el pleno goce y ejercicio de ellos también le es garantizado a los niños¹⁸. Aunque todo niño, niña o adolescente tenga estos derechos, no debe

¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1969. Convención Americana de derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica. Artículo 1.2. Para efectos de esta Convención, persona es todo ser

olvidarse que para ejercerlos necesita actuar debidamente representado en la vida del derecho, en caso de incapacidad absoluta o relativa según la edad del niño menor a 18 años.

A propósito de la aplicación de medidas especiales de protección, conforme al artículo 19 de la CADH¹⁹, la Comisión solicitó la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), primeramente en la interpretación de los artículos 8 y 25, para determinar si estas normas establecen límites a la discrecionalidad de los Estados en la dictación de estas medidas, además solicitó se pronuncie sobre criterios a adoptar en estos casos y que conjuntamente a la interpretación jurídica de la CADH, analizara la CDN, en atención a que podría contribuir a fijar el sentido y alcance de la CADH.

En este contexto, la Comisión le planteó cinco prácticas hipotéticas para que la Corte dictaminara si estaban reñidas con el contenido de la CADH:

- a) la separación de los jóvenes de sus padres y/o familia por no tener condiciones de educación y mantenimiento;
- b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgos o ilegalidad, causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstancias del menor;
- c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa para el menor; y

humano; Artículo 3. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022> [consulta en línea 2 de abril 2017]

¹⁹ Ibid. Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

e) la determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos y libertades sin la garantía del derecho a ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.²⁰

Antes del análisis e interpretación de las normas de la CADH, cabe señalar el fundamento de la Corte que la faculta para interpretar otras normas internacionales, éste se encuentra en las disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, asimismo aunque el instrumento internacional no provenga del sistema regional de protección, el Tribunal puede interpretar mientras se encuentre implicada la protección de derechos humanos en un Estado que sea miembro.

Por estos fundamentos es que resulta posible que la Corte interprete la CADH en armonía con la CDN, incluso la Corte estima que ambos instrumentos internacionales forman parte de un “corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que precisamente debe ser utilizado al fijar los alcances en los Estados miembros, al momento de dictar medidas de protección que afecten a los niños.

Pues bien, la Corte en virtud de lo solicitado por la Comisión dicta la Opinión Consultiva 17/02, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, donde analiza las normas de la CADH ya referidas.

La opinión consultiva se refiere, entre otros temas, a los procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños y en particular al debido proceso y sus garantías, haciendo extensiva la salvaguarda de los derechos fundamentales a los niños, “tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta en línea 28 marzo 2017] 18 párr.

deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños, y en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquellas.”²¹

La Corte también se refiere a las situaciones planteadas por la Comisión, donde se alude a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus derechos y cuya decisión es relevante, primeramente precisa que niño es todo menor a 18 años, por cuanto la capacidad de decisión del niño es variable tanto como por la edad y otros factores que determinan el grado de desarrollo físico e intelectual, esto debe tenerse en cuenta por el aplicador del derecho, a fin de que el interés superior del niño sea efectivamente tutelado.

Es de suma importancia la extensión de la garantía de observancia de los principios y normas del debido proceso legal a los procedimientos administrativos y judiciales en que se resuelven los derechos de los niños, como se desarrolla más adelante, es un punto crucial el respeto de esta garantía de lo contrario hace procedente demandar la responsabilidad del Estado ante la misma Corte. En el mismo orden de ideas, la Corte señala que esto abarca “las reglas correspondientes al juez natural – competente, independiente e imparcial - , doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentren los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.”²²

En esta interpretación de la Corte, tanto de la CADH y la CDN, se confirma la calidad de sujeto de derecho del niño, niña o adolescente y la protección en el

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta en línea 28 marzo 2017] 93 párr.

²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta en línea 28 marzo 2017] 87p.

ejercicio de sus derechos como parte del Derecho Internacional referido a los derechos humanos y por tanto de aplicación universal.

1.3. Consagración legal en nuestro país.

Nuestra legislación de familia está integrada por las normas correspondientes de la Constitución; tratados internacionales referentes a derechos humanos, como lo es la CDN; Código Civil y sus normas pertinentes; y legislación especial de familia, como la Ley de Menores N° 16.618, Ley de Tribunales de Familia N° 19.968, Ley de Matrimonio Civil N° 19.947.

Por mandato de la CDN, la legislación interna debe ser armonizada y adecuada a sus principios y normas, en consecuencia, según Miguel Cillero: al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños-incorporados por aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional-cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños-como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños, de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.²³

En el mismo sentido Fabiola Lathrop, señala que el derecho del niño a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención, es operativo, comprometiendo su aplicación efectiva en los procedimientos judiciales vinculados con el derecho de familia y la inspiración de reformas legislativas que guíen las interpretaciones judiciales. Por ello, los Estados deben promover la modificación del derecho de fondo

²³ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño". En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma. 6p.

y forma o su correcta interpretación a la luz de los principios contenidos en la Convención.²⁴

Esta armonización de nuestra legislación interna ha sido gradual en nuestro Derecho, dichas modificaciones serán analizadas a continuación.

1.3.1. Ley de Menores N° 16.618.

Esta ley fue publicada el 8 de marzo de 1967 y se refiere al derecho del niño a ser oído en el siguiente artículo:

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 e impúber, cuando lo estimare conveniente. Además, de los informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios.

Podrá también utilizar todos los medios de información que considere adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste a proporcionarlos cuando le sean solicitados para los efectos de esta ley.

Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el Juez de Letras de Menores.²⁵

Cabe señalar, que, en razón de la data de dicha ley, se seguía la nomenclatura de menor y no de niño, niña o adolescente como lo es ahora. Además distingue entre menor púber e impúber, para ello debemos remitirnos al Código Civil en su artículo 26, que llama impúber al varón que no ha cumplido catorce años y a la mujer que no

²⁴ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2002. El derecho del niño a ser oído en el nuevo Derecho de Familia. Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 71p.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2004. Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557> [consulta en línea 22 de enero 2017]

ha cumplido doce. No se refiere al púber, sino como adulto al que dejó de ser púber. Una nomenclatura claramente retrasada en los tiempos, pero dada la suscripción de la CDN y el concepto de la Ley 19.968, hoy tenemos mejores términos para referirnos a la infancia.

1.3.2. Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

La Ley de Menores y los Juzgados de Menores formaban parte de la antigua justicia de familia, siendo insuficientes para dar operatividad a la protección de los principios y derechos de los niños en lo sustantivo, por otro lado en el ámbito procesal, no aseguraban el desarrollo de un debido proceso, careciendo por ejemplo de celeridad y mediación en el desarrollo del proceso.

La Ley de Familia viene a consagrar de forma expresa en sus artículos 9 a 16, los principios acordes con las necesidades de una justicia más cercana y eficaz en materia de familia, como son la oralidad, concentración, desformalización, inmediación, actuación de oficio, búsqueda de soluciones colaborativas de partes, colaboración, protección a la privacidad e interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a ser oído.

Estos principios son muy importantes ya que conforme a ellos deben interpretarse las normas e incluso servir a la integración en caso de vacíos o contradicciones legales.²⁶

De especial relevancia es el artículo 16 que se encuentra dentro de los principios consagrados por esta ley y que consagra expresamente el derecho del niño a ser oído.

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

²⁶ RIVEROS, A., & CERDA SILVA, A. 2005. Juzgados de Familia y Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13262/13537> [consulta en línea 9 mayo 2017] 124p.

encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

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

Para los efectos de esta ley, se considera niño, 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.²⁷

También se refiere a este derecho el artículo 69 de la misma ley, respecto al procedimiento sobre aplicación de medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes, único caso que se refiere a la comparecencia del niño, niña o adolescente en el procedimiento ordinario y su escucha de forma directa por el juez, quien tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez. Podrá escucharlos en las audiencias preparatoria, de juicio o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

En su artículo 79, se consagra el derecho de audiencia con el juez, para aquellos niños, niñas o adolescentes respecto a los cuales se encuentre vigente una norma de protección judicial, tienen el derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de uno o ambos padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado o del director del establecimiento o responsable del programa en que se cumpla la medida de protección.

Cabe destacar, también puede ser oído a través de un curador ad litem, ya que en su artículo 19 dispone: “en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas o adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. El juez designará 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

²⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2004. Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557> [consulta en línea 22 de enero 2017]

carezca 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”.

1.3.2.1. Historia de la ley.

Como dispone el artículo 19 inciso 2° del Código Civil, respecto a las normas de interpretación legal, para interpretar una expresión obscura de la ley, se puede recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Pues bien, en la historia de esta ley, y más precisamente en el Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, uno de los exponentes fue don Miguel Cillero, por la UNICEF, quien pone acento en la necesidad de esta nueva normativa, “el proyecto responde a la necesidad de adecuar el sistema de administración de justicia a las exigencias de nuestro desarrollo histórico-social y a la evolución del sistema normativo que regula las relaciones familiares y los derechos de los niños. Para ello, propone estructurar dicho sistema, en sus aspectos orgánicos y de procedimiento, en función de la especial naturaleza jurídica del conflicto de familia. Entre sus fundamentos, el proyecto considera el atraso, en lo conceptual, en que se encuentra nuestra legislación y su falta de adecuación todavía, a las exigencias derivadas de los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia.” “Por otra parte, en relación a la protección jurisdiccional de los derechos de los niños, afirmó que el proyecto se adecuaba perfectamente con la concepción jurídica moderna que se tiene del niño, según la cual el menor es un sujeto de derecho-que debe ser oído, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados-y no un objeto de protección o asistencia por parte de los órganos del Estado.”²⁸

²⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2014. Historia de la Ley N° 19.968 crea los Tribunales de Familia. <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5746/> [consulta en línea 22 de enero 2017]

1.3.3. Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.

La ley de Matrimonio Civil fue publicada el 17 de mayo de 2004 y en su artículo 85 se refiere también al derecho del niño a ser oído.

Artículo 85. 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 oirá 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.

El juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales.²⁹

1.3.4. Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores.

Esta normativa también consagra el derecho del niño a ser oído en los procedimientos de declaración de susceptibilidad de adopción y de adopción propiamente tal.

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

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

²⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2004. Ley de Matrimonio Civil N° 19.947. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128#niño0> consulta en línea 22 de enero 2017]

negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento.³⁰

Aquí se presenta una aparente contradicción, ya que la ley otorga el derecho al niño a expresar su opinión y después faculta al juez para fallar en contrario, lo cierto es que la ley no obliga al juez a fallar siguiendo la voluntad del niño, sino que sólo a escucharla y a tenerla en consideración. Sin embargo, podría traer un problema en cuanto una familia reciba a un menor adulto o adolescente que no quiera ser adoptado.³¹

En el mismo sentido de necesidad de la opinión del niño, se encuentra el procedimiento de adopción internacional o por matrimonios no residentes en Chile, la Convención de la Haya sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional establece en su artículo 4d que las adopciones consideradas en esta ley sólo pueden tener lugar cuando, por parte de las autoridades competentes del estado de origen, se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño y el consentimiento a la adopción, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.³²

1.3.5. Código Civil y sus modificaciones por la Ley N° 20.680.

Esta ley publicada el 21 de junio, introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que los padres vivan separados, modificando normas relativas a atribución de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad.

³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1999. Ley sobre adopción N° 19.620. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084> [consulta en línea 22 de enero 2017]

³¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 231p.

³² Ibid., 277p.

Resulta un avance importante en la adecuación de la legislación interna a la CDN, pues el Código Civil no se encontraba acorde al concepto moderno de familia, ni protegía suficientemente los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en la difícil situación de estar en medio de las disputas y términos en la relación de los padres.

Los principios que son consagrados expresamente por esta ley y que son recogidos en el Código Civil son el interés superior del niño, derecho al niño a ser escuchado, la corresponsabilidad parental, principio de igualdad parental, autonomía de los padres y protección de la vida familiar.³³

Sólo analizaré estas modificaciones referidas al derecho del niño a ser oído y luego el interés superior del niño, puesto que se aplican armónicamente y son el presupuesto necesario mutuo para el ejercicio de los derechos que reconocen.

El derecho del niño a ser oído es consagrado como uno de los criterios y circunstancias que se deben ponderar para determinar un régimen y ejercicio del cuidado personal, según el artículo 225-2 letra f)³⁴

Así también según el artículo 229 inciso 2°, servirá como factor para determinar el régimen de relación directa y regular con el padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo.³⁵ Asimismo, el juez lo utilizará como criterio para determinar

³³ GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ. 2014. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680. Revista de Derecho de Familia N°1-2014, <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18712/28608> [consulta en línea 25 de abril 2017] 38 a 58p.

³⁴ Artículo 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias.

f) La opinión expresada del hijo.

³⁵ Artículo 229 inciso 2° Código Civil. Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior del éste último, su **derecho a ser oído** y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva del hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

régimen de relación directa y regular con los abuelos, según el artículo 229-2, que hace referencia al artículo anterior.³⁶

En virtud del artículo 225 inciso 4° y además podrá, en caso de inhabilidad física o moral de los padres para tener el cuidado personal, el juez oír a los hijos y a los parientes.³⁷

En cuanto al interés superior del niño, se consagra cambiando el orden de los incisos del artículo 222, cambiando del segundo al primer inciso y señalando que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo³⁸

Asimismo, debe considerarse este interés superior del hijo en cuanto a las reglas de atribución de cuidado personal según el Artículo 225-2 letra j)³⁹ y en cuanto al régimen de relación directa y regular, Artículo 229 letra d)⁴⁰.

³⁶ Artículo 229-2 Código Civil. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés superior del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229.

³⁷ Artículo 227 Código Civil. En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y los parientes.

³⁸ Artículo 222 inciso 1° Código Civil. 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.

³⁹ 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.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

⁴⁰ Artículo 229 Código Civil. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones que se refiere el inciso primero del artículo 225, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre y a madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior del éste último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

j) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Según el artículo 225 inciso 4°, si existe en virtud de un acuerdo, un régimen vigente de cuidado compartido, el juez podrá atribuirlo al otro de los padres o a uno de ellos, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente.

Incluso según el artículo 226 inciso 1°, podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

En lo referido a relación directa y regular, el interés superior del niño es un criterio que debe tener en cuenta el juez para la determinación del régimen de relación directa y regular, según el artículo 229 inciso 3° y la letra d)⁴¹

En cuanto a la patria potestad, de común acuerdo puede ejercerse por el padre o madre o por ambos conjuntamente, a falta de acuerdo a ambos, sin embargo según el artículo 244 inciso 4°, cuando el interés superior del niño lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente.⁴²

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca en favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declara el tribunal competente.

⁴¹ Artículo 229 inciso 3° Código Civil. Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

e) cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

⁴² LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2013. Reforma a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. Revista de Derecho – Escuela de Postgrado N°3-2013. <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/126677>. [consulta en línea 24 de marzo de 2017] 297p.

1.3.6. Proyecto de ley sobre el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez

Si bien no se trata de legislación vigente en nuestro país, incluyo un breve análisis del proyecto de ley que establece el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, que se encuentra en tramitación y fue ingresado como boletín 10315-18 el 24 de septiembre de 2015 y que fue aprobado como proyecto general a legislar, por la Cámara de Diputados el 7 de marzo de 2017⁴³.

El objetivo de esta ley, según dicho proyecto es “incorporar el derecho Interno, un sistema que proteja integralmente los derechos de los niños reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención, en los demás tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y en las demás leyes”.

Respecto al derecho del niño a ser oído y la participación se refiere en sus artículos 19 y 20 respectivamente, que, si bien al estar contenidos en el proyecto pueden ser modificados dentro de la tramitación de la ley, considero pertinente enunciarlos como aparecen en dicho proyecto⁴⁴.

Artículo 19.- Derecho a ser oído. Todo niño tiene derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo con el desarrollo de sus facultades, en los procedimientos o actuaciones en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pudiere afectar sus derechos o intereses, especialmente en el ámbito familiar, escolar, sanitario, comunitario, administrativo y judicial.

Los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, velarán para que en los procedimientos en que participe directamente un niño existan medios adecuados a su edad, sexo y madurez, con el objeto que éste pueda formarse un juicio propio y pueda expresarlo. Especialmente, velarán por el empleo de un lenguaje y entrega de

⁴³ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. 2015. Proyecto de Ley Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, boletín 10315-18. https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10729&prmBL=10315-18 [consulta en línea 21 de marzo 2017]

⁴⁴ Ibid.

información necesaria de un modo adecuado a su capacidad de entendimiento y alentarán que se tengan en cuenta las necesidades lingüísticas de los niños pertenecientes a grupos que lo requieran. Los órganos del Estado deberán establecer mecanismos efectivos de acuerdo a sus disponibilidades presupuestarias para garantizar este derecho en los procedimientos administrativos y judiciales.

Los establecimientos educacionales, de salud o cualquier otra institución que provea servicios destinados a la protección o satisfacción de los derechos del niño deberá disponer los medios para oír efectivamente a los niños cuyos derechos estén siendo afectados. Cuando no sea posible atender a las opiniones del niño, la autoridad respectiva deberá explicarle de un modo comprensible las razones de ello y dejar constancia de esta fundamentación en la resolución respectiva.

Artículo 20.- Participación. Todo niño tiene derecho a participar activamente en los asuntos que les conciernen o le afecten, de conformidad a la ley.

Los órganos del estado velarán por incorporar progresivamente a los niños en el ejercicio de los derechos y en su Plan de Acción, establecidos en el Título V de esta ley, determinarán, conforme a la Ley N° 20.500, las medidas concretas para promover la participación de los niños y los mecanismos que permitan recoger sus opiniones en relación a las políticas, proyectos, programas o decisiones que les afecten.

Todo niño tiene derecho a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas sin otras restricciones que aquellas previstas en la ley.

1.4. Derecho Comparado.

1.4.1. Argentina.

El Derecho de Familia argentino, también ha sido influenciado por la internacionalización de los derechos humanos y su evolución, en cuanto reconoce a

los niños una protección jurídica y derechos específicos, sin perjuicio de sus derechos como persona.⁴⁵

El derecho del niño a ser oído fue consagrado expresamente en la Ley nacional sobre protección integral de niños, niñas y adolescentes, Ley N° 26.061⁴⁶ del año 2005, y posteriormente en el Código Civil y Comercial Argentino (en adelante CCyC), cuya vigencia comenzó el 1 de agosto de 2015. Todo forma parte de la adecuación del ordenamiento interno conforme a la CDN, que goza de rango constitucional.

La Ley N° 26.061, dispone que la CDN es de aplicación obligatoria⁴⁷, mientras se encuentre vigente. Y consagra el derecho del niño a ser oído y a la participación en todo ámbito.

Asimismo, consagra el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, como parte del interés superior del niño.⁴⁸

El derecho a ser oído lo establece como un derecho, manifestado en el ejercicio del derecho a la libertad⁴⁹ y además como un derecho autónomo, ya sea como opinión o participación, ejemplificando los ámbitos en que puede desenvolverse.⁵⁰

⁴⁵ ROSELLO BRAJOVICH, MA. GABRIELA. 2013. La constitucionalización del derecho de familia. Revista de derecho de Familia N°61-2013, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 92p.

⁴⁶ MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPORTES. Presidencia de la Nación. 2005. Ley sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes. N° 26.016. Argentina. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 14 de febrero 2017]

⁴⁷ Art. 2 Ley N° 26.061. Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños y adolescentes tiene derecho a ser atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. Ley sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes. N° 26.016. Argentina. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 14 de febrero 2017]

⁴⁸ Art. 3 Ley N° 26.061. Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño o adolescente la máxima satisfacción, íntegra y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley. Debiéndose respetar:
b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta. Ley sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes. N° 26.016. Argentina. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 14 de febrero 2017]

⁴⁹ Art. 19 Ley N° 26.061. Derecho a la libertad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende: b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana,

Si bien esta ley vino a consagrar de forma expresa este derecho, incluso antes de la entrada en vigencia de la CDN, magistrados y funcionarios ya ejercían la escucha, hoy el escuchar directamente al niño constituye una práctica que se formaliza de distintas maneras, privilegiando de forma directa, sin representantes o informes de profesionales.⁵¹

Además esta ley vino a consagrar la figura del abogado del niño⁵², “con una presencia menor, pero con un impacto inversamente proporcional, la figura del abogado del niño se constituyó en los últimos años en una incorporación sumamente novedosa y atípica. En efecto si bien en algunos casos y en forma fragmentaria y

especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Ley sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes. N° 26.016. Argentina. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 14 de febrero 2017]

⁵⁰ Art. 24 Ley N° 26.061. Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelvan las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. Ley sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes. N° 26.016. Argentina. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 14 de febrero 2017]

⁵¹ VIGO, FIORELLA C. 2016. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del-ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf> [consulta en línea 14 de febrero 2017] 4p.

⁵² Art. 27 Ley N° 26.061. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todo aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; **c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;** d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 19 de febrero 2017]

dispersa los niños y niñas podrían ser escuchados por el juez que se encontraba tramitando el expediente de algún conflicto que los involucraba, nunca a un niño se le había designado un abogado que lo patrocinara de independiente de sus progenitores o representantes legales. De tal manera, la figura del abogado del niño prevista por la ley 26.061 generó una serie de debates, cuestionamientos y tensiones, pero también originales experiencias”.⁵³

Sin embargo, la legislación vigente a ese momento no era suficiente, de una labor de redacción y revisión, en la que participó la comunidad civil⁵⁴, surge el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), que entró en vigencia en agosto de 2015 y vino a reemplazar la codificación existente a esa fecha.

Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel Molina de Juan, se refieren a este avance: “El Cciv. Y Com sigue de cerca la transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de “democratización” vivenciado en su interior; esta evolución ha impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación cada vez más respetuosa e igualitaria de todos sus integrantes. Asociado a la constitucionalización del derecho privado, incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y adolescentes expresada en instrumentos internacionales. Conforme esos instrumentos, al igual que los adultos, los niños y adolescentes titularizan una serie de derechos por su condición de seres humanos; y a esos derechos se suman otros, que ejercen por ser personas en desarrollo”.⁵⁵

Analizaré algunas disposiciones del CCyC que son atingentes al tema de esta investigación.

⁵³ VIGO, FIORELLA C. 2016. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del-ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf> [consulta en línea 14 de febrero 2017] 4p.

⁵⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. 2014. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. Revista Jurídica La Ley. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf> [consulta en línea 17 de febrero 2017] 1p.

⁵⁵ KEMELMAJER, Loc. Cit.

En cuanto a la incapacidad, el CCyC no establece una edad que otorgue capacidad, sino que consigna entre los incapaces, a aquellos que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente⁵⁶, ampliando así las posibilidades en que un menor de edad puede actuar en la vida del derecho, apreciándose una clara incorporación del principio de la autonomía progresiva.

Además, hace la diferencia entre menores de edad, todo aquel que no ha cumplido los 18 años y adolescente, quien es el menor de edad que cumple trece años.⁵⁷ Al adolescente se le reconoce en varias disposiciones, el derecho a prestar su consentimiento para la toma de decisiones respecto de su persona y derechos.⁵⁸ Incluso en su calidad de padres adolescentes.⁵⁹

⁵⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 24. Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 19 de febrero 2017]

⁵⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 25. Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 19 de febrero 2017]

⁵⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 645. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.

Cuando el acto involucra hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁵⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 644 inciso 1. Progenitores adolescentes. Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

La diferencia es importante, pues en atención a ella, se regula el ejercicio de sus derechos, en principio el menor de edad lo hace a través de sus representantes legales, no obstante si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, es más, de encontrarse en situación de conflicto con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada (abogado del niño).

Al adolescente entre 13 y 16 años de edad, se le presume aptitud suficiente para decidir sobre tratamientos no invasivos y respecto a invasivos, bajo ciertas circunstancias y al adolescente a partir de los 16 años, se le considera adulto, para decidir respecto al cuidado de propio cuerpo.⁶⁰

En cuanto a las reglas sobre la adopción, el derecho del niño a ser oído es uno de sus principios rectores y en la medida que el niño que tenga suficiente edad y grado de madurez su opinión debe ser tenida en cuenta, además desde los 10 años de

Artículo 680 CCyC. Hijo adolescente en juicio. El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando se acusado criminalmente, ni para reconocer hijos. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁶⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 17 de febrero 2017]

edad se requiere su consentimiento.⁶¹ Es tan importante su opinión en esta materia, que la infracción de esta norma es causal de nulidad relativa y absoluta de la adopción.⁶²

Cabe destacar que sea un principio rector en el CCyC, puesto que importa un “marco interpretativo básico e ineludible al que debe remitirse en caso de cualquier contradicción que pueda llegar a surgir en la aplicación del Código Civil y Comercial.”⁶³ Debiendo estudiarse en conjunto con otras disposiciones del código, la ley N° 20.061 y la CDN.

Asimismo, en caso de adopción simple o plena, la opinión del adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, debe ser valorada por el juez para efectos de que lleve su apellido de origen o del adoptante, o ambos.⁶⁴

⁶¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 595. Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Artículo 617. Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas: a) son parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada; b) el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez; c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo; d) el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso; e) las audiencias son privadas y el expediente, reservado. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁶² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 634. Nulidades absolutas. Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a: i) La falta de consentimiento del niño mayor a diez años, a petición exclusiva del adoptado.

Artículo 635. Nulidad relativa. Adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a: c) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁶³ TAVIP, GABRIEL E. 2015. Los principios generales de la adopción en el nuevo código civil y comercial. Revista de Derecho de Familia N°69-2015, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 73p.

⁶⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 626. Apellido. El apellido del hijo para adopción plena se rige por las siguientes reglas: a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido; b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales; c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición

En cuanto a la responsabilidad parental, el derecho del niño a ser oído es uno de los principios rectores junto al interés superior del niño y la autonomía progresiva⁶⁵ y respetar este derecho forma parte de los deberes de los progenitores.⁶⁶

El CCyC incorpora algunas normas procesales para la efectiva participación del niño, niña o adolescente en juicio, se refieren al respecto Aida Kemelmajer de Carlucci y Mariel Molina de Juan, “La razón de incorporar reglas procesales en un código de fondo se encuentra plenamente justificada y cobra especial relevancia en aquellos asuntos que involucran niños. La garantía de su mejor interés impone extremar los recaudos para la protección de sus derechos de manera eficaz, lo que presupone que se en tiempo oportuno, pues la inconsistencia o dilación de la tutela jurisdiccional se traduce inexorablemente en un déficit de operatividad de normas sustanciales. Por eso, a lo largo del articulado, el Cciv y Com incorpora pautas de actuación y reglas de valoración de cada intervención permitida a la persona menor de edad; ellas operan como recaudo institucional mínimo aplicable a todas las provincias, por debajo de las cuales no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos”.⁶⁷

de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta; d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁶⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 639. Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁶⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 646. Enumeración. Son deberes de los progenitores: c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁶⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA Y MOLINA DE JUAN, MARIEL. 2015. La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/02/Doctrina2293pdf> [consulta en línea 20 de febrero 2017] 5p.

Tratándose de la participación del niño, niña o adolescente en juicio, no se restringe a la calidad de parte procesal, puesto que se acoge la autonomía progresiva y según eso podrá intervenir, si no comprende la naturaleza de sus actos será a través de su representante legal⁶⁸; si tiene la suficiente edad y madurez⁶⁹ o es adolescente podrá hacerlo de forma autónoma, con la debida asistencia letrada.⁷⁰

Siguiendo a Aida Kemelmajer de Carlucci y Mariel Molina de Juan, pueden distinguirse dos situaciones:

1.- niño que participa con su voz o su opinión:

El niño se expresa a través de su representante legal, no se requiere una edad determinada para ejercer este derecho sino que se atiende a la autonomía progresiva, así también será el criterio para establecer las condiciones necesarias para la escucha.

Sin embargo, la opinión no es vinculante para el juez, pero de apartarse de ella lo obliga a entregar una argumentación al respecto.

2.- niño o adolescente como parte procesal:

Para este caso, en el ordenamiento jurídico argentino coexisten figuras jurídicas distintas, por lo que podrá actuar a través del Ministerio Público⁷¹(integra la

⁶⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 707. Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas o adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁶⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino Artículo 679. Juicio con los progenitores. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁷⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 677. Representación. Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁷¹ MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPORTES. Presidencia de la Nación. 2005. Ley sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes. N° 26.016. Argentina. Art. 103. Del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos

representación paterna, del tutor, o en su omisión o defecto), un curador ad litem (actúa sustituyendo la voluntad del niño, supone su incapacidad) o de un abogado de confianza⁷² (reproduce o transmite la voluntad del niño, supone el reconocimiento a su autonomía progresiva). Son figuras jurídicas distintas, en cuanto al grado de intermediación en que el niño se expresa, como se representan sus intereses, el ámbito y cuándo procede la intervención de estos representantes.

La importante es que la participación del niño, niña o adolescente en cualquiera de las dos situaciones planteadas, sea efectiva, pues sólo así se garantiza del debido proceso legal, conforme al artículo 27 de la Ley N° 20.061.

Un ejemplo de ello es la sentencia del caso planteado ante el Juzgado de Familia de Cuarta Nominación de la ciudad de Córdoba, Argentina: dos hermanas de 12 y 13 años, que habían perdido todo contacto con su padre se presentan ante dicho tribunal, representadas por su respectivo abogado y solicitan autorización para obtener pasaporte y viaje al exterior con su madre, a la ciudad de Osmak, Rusia, el motivo es el casamiento de su tía materna, conocer a su familia extensa, la cultura y

puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: i. cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii. Cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii. Cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 20 de febrero 2017]

⁷² MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPORTES. Presidencia de la Nación. 2005. Ley sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes. N° 26.016. Argentina. Art. 27. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todo aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; **c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;** d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 20 de febrero 2017]

costumbre, hechos ligados a su derecho de identidad. La decisión jurisdiccional lo autorizó en virtud del principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva.

Concretamente, “la jueza en su fallo, analiza en primer lugar la capacidad procesal de las niñas, la cual entiende como “la competencia que el sujeto tiene para el acto, sin atender a su edad biológica”. A los fines de tal valoración se dio intervención al equipo técnico interdisciplinario, el cual dictaminó que ambas niñas tenían el grado de madurez necesario para obrar por sí.

Asimismo, es importante destacar que durante el transcurso del juicio se cumplieron las garantías mínimas del procedimiento fijadas en el art. 27, ley 26.061, ya que las niñas fueron escuchadas mediante la fijación de una audiencia, su opinión fue tenida en cuenta y estuvieron asistidas legalmente por un profesional idóneo, teniendo como principio fundante el resolver “el interés superior de las niñas” al autorizarlas a tramitar el pasaporte y a viajar al exterior, en compañía de su madre.”⁷³

1.4. 2. Perú.

Del análisis de la normativa aplicable a la materia en estudio, no se advierte un real avance en la protección y efectividad del derecho del niño a ser oído, como lo es en derecho comparado, por ejemplo, en nuestra legislación o la argentina.

Al respecto se refiere Irma Castillo Ostos, “Y eso no debería extrañarnos, porque en nuestro medio, por ejemplo, aún esta época, entre las personas adultas existe la percepción de que el menor de edad, por el hecho de serlo, no está en “capacidad” o con la “madurez suficiente” para emitir una opinión, o reclamar un derecho, y que todo lo que le ocurra o suceda a su alrededor, debe ser asumido y resuelto por los adultos, sean estos sus padres o tutores, sus maestros, otros adultos o las

⁷³ ALESSANDRI, MÓNICA Y LUPOLI MARÍA CLAUDIA. 2012. La garantía del debido proceso legal de las niñas, niños y adolescentes: un fallo innovador. Revista de Derecho de Familia N°1-2012, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 25p.

autoridades correspondientes. Esa visión de las cosas permite una serie de abusos contra el derecho de los niños a decir su verdad sobre lo que les está sucediendo”.⁷⁴

Y esto a pesar que su Derecho de Familia cuenta con un Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CNN), Ley N° 27.337, en vigencia desde el 7 de agosto del 2000, y que para cuya aplicación e interpretación deben tenerse en cuenta los principios y disposiciones de la Constitución Política del Perú; Convención sobre Derechos del Niño y demás convenios internacionales ratificados por el Perú⁷⁵, por lo que debe entenderse que de forma tácita debe ajustarse a estas normas internacionales y en lo referente al derecho del niño a ser oído, más aun cuando la Constitución Política del Perú en su disposición cuarta transitoria también se refiere a la interpretación de los derechos fundamentales conforme a estos instrumentos internacionales⁷⁶

Respecto al CNN, considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta los doce años de edad⁷⁷, luego sería adolescente y los reconoce además como

⁷⁴ CASTILLO OSTOS, IRMA. (s/f). El derecho del niño a ser oído y su relación con el sistema familiar en el derecho peruano. <http://www.afamse.org.ar/files/PERU-CASTILLO.pdf> [consulta en línea 22 de febrero 2017] 169p.

⁷⁵ GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. VII. Fuentes. En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. En todo lo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código y el Código Civil en lo que les fuere aplicable. Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código. Cuando se trate de niño o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además de este Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 21 de febrero 2017]

⁷⁶ GOBIERNO DEL PERÚ. 1993. Constitución Política del Perú. CUARTA. Interpretación de los derechos fundamentales. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf> [consulta en línea 22 de febrero 2017]

⁷⁷ GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. Art. I. Definición. Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad. El estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 21 de febrero 2017]

sujetos de derecho⁷⁸, no solo de los derivados como persona humana sino también los específicos relacionados con su proceso de desarrollo⁷⁹.

Por otro lado, se reconoce la libertad de opinión del niño y adolescente, de acuerdo a su autonomía progresiva y la posibilidad de expresar su opinión⁸⁰. Asimismo en cuanto a la institucionalidad necesaria para ejercer estos derechos, se contempla judicatura especializada⁸¹, la figura de un Fiscal de familia⁸² quien puede actuar de oficio o a petición de parte y un abogado defensor⁸³ que provee de asistencia legal y judicial gratuita⁸⁴.

⁷⁸ GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. II. Sujeto de derechos. El niño o adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir con las obligaciones consagradas en esta norma. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 22 de febrero 2017]

⁷⁹ GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. IV. Capacidad. Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes. La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de esos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades. En caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 21 de febrero 2017]

⁸⁰ GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. 9. A la libertad de opinión. El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 21 de febrero 2017]

⁸¹ GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. 85. Opinión. El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 22 de febrero 2017]

⁸² GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. 138. Fiscal de familia. El Fiscal tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 22 de febrero 2017]

⁸³ GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. 146. Abogado defensor. El Estado, a través del Ministerio de Justicia, designa el número de abogados de oficio que se encargarán de brindar asistencia legal judicial integral y gratuita a los niños o adolescentes que la necesiten. En los casos de violencia sexual contra niños y

Llama la atención la norma que establece como problema humano aquellos casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes, sin embargo no se aprecia que tenga una aplicación real como norma⁸⁵.

El Comité de Derechos del Niño, órgano internacional encargado de supervigilar cómo los Estados Partes van acogiendo y conformando su legislación interna conforme a la CDN, emitió el 2 de marzo del año 2016 las Observaciones finales a los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú, en lo que respecta a el derecho del niño a ser oído y a la participación, si bien reconoce el esfuerzo de dicho país, el Comité señala que se hace necesario la revisión del Código de los Niños y Adolescentes para su consonancia con la Convención y que en este proceso se tengan en cuenta la opiniones de los niño, “particularmente en lo concerniente al sistema de protección de la infancia, la participación de los niños, la adopción y la justicia juvenil⁸⁶.

Por otro lado el Comité se pronuncia más concretamente en cuanto al respeto por las opiniones del niño, especialmente lo que dice relación con “los informes según los cuales los niños son rara vez consultados en los procedimientos administrativos o judiciales pertinentes y no son fácilmente tenidos en cuenta ni reconocidos en los

adolescentes, la asistencia legal gratuita al agraviado y a su familia es obligatoria. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 22 de febrero 2017]

⁸⁴ GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. 147. Beneficiarios. El niño, el adolescente, sus padres o responsables o cualquier persona que tenga interés o conozca de la violación de los derechos del niño o adolescente, pueden acudir al abogado de oficio para que asesore en las acciones judiciales que deba seguir. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 22 de febrero 2017]

⁸⁵GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Art. VII. Proceso como problema humano. El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 21 de febrero 2017]

⁸⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2016. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fPER%2fCO%2f4-5&Lang=en [consulta en línea 22 de febrero 2017] 2p.

hogares, las escuelas y las comunidades, como consecuencia, entre otras cosas, de concepciones tradicionales y culturales. Habida cuenta de su observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, el Comité recomienda al Estado Parte que:

a) Adopte medidas concretas para tener en cuenta las opiniones expresadas por los niños en diversos foros en relación con todos los procesos de adopción de decisiones que les afecten;

b) Vele porque el derecho del niño a la participación en los asuntos pertinentes quede garantizado en la versión revisada del Código de los Niños y Adolescentes;

c) vele por la aplicación efectiva de la legislación que reconoce el derecho del niño a ser escuchado en las actuaciones judiciales pertinentes, lo que incluye el establecimiento de sistemas o procedimientos para que los trabajadores sociales y los tribunales se ajusten a ese principio;

d) Establezca programas y actividades de sensibilización para promover la participación real y efectiva de todos los niños dentro de la familia, la comunidad y la escuela, prestando especial atención a las niñas y a los niños en situaciones vulnerables;

e) Establezca directrices e indicadores para facilitar, evaluar y supervisar la aplicación del derecho del niño a participar en asuntos pertinentes y a ser escuchado en los procedimientos jurídicos y administrativos, y vele porque los profesionales pertinentes reciban formación sobre su utilización.

1.4.3. Venezuela.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se consagra en su artículo 78 la calidad de “sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes, quienes estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados

internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la república. El estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”⁸⁷.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente (LOPNA), entró en vigencia el 2 de octubre de 1998, y regula de forma amplia y extensa lo relativo a los derechos de niños y adolescentes y su ejercicio.

Esta Ley, en consonancia con la Constitución y tratados internacionales ratificados por Venezuela, adhiere a la doctrina de la protección integral de los derechos y reconoce su estatus de sujeto de derecho⁸⁸, ya sea en su calidad de niño, adolescente y persona humana.⁸⁹

Además establece una relación directa entre el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído, cuando deban ser aplicados en una situación concreta.⁹⁰

⁸⁷República Bolivariana de Venezuela. 1999. Constitución. Artículo 78. http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

⁸⁸ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 10. Niños y Adolescentes Sujetos de Derecho. Todos los niños son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados a favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 2 de abril 2017]

⁸⁹ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 11. Derechos y Garantías Inherentes a la Persona Humana. Los derechos y garantías de los niños y adolescentes consagrados en esta Ley son de carácter enunciativo. Se les reconoce, por lo tanto, todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en esta Ley o en el ordenamiento jurídico. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 2 de abril 2017]

⁹⁰ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 8. Interés Superior del Niño. El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cuales de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. Párrafo Primero: Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar: a) La opinión de los niños y adolescentes.

En concreto reconoce el derecho del niño y adolescente a ser oído, a expresar libremente su opinión en asuntos en que tengan interés, ya sean familiar, comunitario, estatal, cultural, etc. Y que sus opiniones sean tomadas en cuenta según su desarrollo.⁹¹ La violación de este derecho tanto en sede administrativa como judicial lleva consigo una sanción de multa y de proceder la declaración de nulidad del proceso.⁹²

Si bien se garantiza el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo y judicial, tiene límites derivados de su interés superior⁹³ de tal forma que también establece cuando será ejercido por medio de representante⁹⁴, su comparecencia se realizará según su situación personal y

www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 2 de abril 2017]

⁹¹ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 80. Derecho a Opinar y a Ser Oído. Todos los niños y adolescentes tiene derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 3 de abril 2017]

⁹² República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 221. Violación del Derecho a Opinar. Quien en el curso de un procedimiento administrativo o judicial viole el derecho a opinar de un niño o adolescente, en los términos consagrados en esta Ley, será sancionado con multa de uno (1) a tres (3) meses de ingreso, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad del proceso, en los casos en que esto último proceda. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

⁹³ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 80 Párrafo Primero. Se garantiza a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límite que los derivados de su interés superior. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 3 de abril 2017]

⁹⁴ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 80 Párrafo Tercero. Cuando el ejercicio de este derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, éste se ejercerá por medio de sus padres o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño o adolescente, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 3 de abril 2017]

desarrollo y adolescentes con necesidades especiales deben ser representados con la asistencia de personas que la ley determina.⁹⁵

Así mismo, si bien se garantiza el derecho a ser oído, también se establece que su ejercicio es totalmente voluntario para niños y adolescentes, nadie puede constreñirlos a hacerlo, por otro lado, un aspecto importante es que su opinión no es vinculante a menos que la Ley lo establezca.⁹⁶

Se establece el derecho de petición para todos los niños y adolescentes, ejercido por sí mismos, ante entidad o funcionario público, con los límites establecidos en la Ley.⁹⁷

Por un lado consagra el derecho de niños y adolescentes de defender sus derechos por sí mismos⁹⁸, pero además el deber y derecho de toda persona a

⁹⁵ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 80 Párrafo Segundo. 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. En los casos de niños y adolescentes con necesidades especiales se debe garantizar la asistencia de personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 3 de abril 2017]

⁹⁶ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 80 Párrafo Cuarto. La opinión del niño o adolescente sólo será vinculante cuando la ley lo establezca. Nadie puede constreñir a los niños y adolescentes a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos y judiciales. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

⁹⁷ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 85. Derecho de Petición. Todos los niños y adolescentes tiene el derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos de competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna. Se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes y responsables. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

⁹⁸ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 86.. Derecho a Defender sus derechos. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a defender sus derechos por sí mismos. se debe garantizar a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, ante cualquier persona, instancia, entidad u organismo. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

denunciar ante la autoridad competente, las amenazas y violaciones de los derechos y garantías a los derechos y garantías de los niños y adolescentes⁹⁹.

Respecto al acceso a la justicia, la LOPNA establece que todos los niños y adolescentes tienen derecho a acudir ante tribunal competente, garantizando para ello asistencia y representación jurídica gratuita¹⁰⁰. Asimismo consagra el derecho a la defensa y al debido proceso, en los términos de la presente ley y del ordenamiento jurídico¹⁰¹.

La LOPNA también consagra el derecho a la participación del niño y adolescente en todos los ámbitos de su vida e incluso la incorporación progresiva a la vida cívica¹⁰².

También forma parte del ordenamiento jurídico venezolano el acuerdo que adopta el Tribunal Supremo de Justicia dictó a este respecto el año 2007, con el nombre de

⁹⁹ Art. 91, LOPNA. Venezuela. Deber y Derecho de Denunciar amenazas y Violaciones de los Derechos Humanos y Garantías de los Niños y Adolescentes. Todas las personas tienen derechos a denunciar ante las autoridades competentes los casos de amenazas o violaciones a los derechos y garantías de los niños y adolescentes. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

¹⁰⁰ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 87. Derecho a la Justicia. Todos los niños y adolescentes tiene derecho a acudir ante un tribunal competente, independiente e imparcial, para la defensa de sus derechos e intereses y a que éste decida sobre su petición dentro de los lapsos legales. Todos los adolescentes tiene plena capacidad para ejercer directa y personalmente este derecho. Para el ejercicio de este derecho, el estado garantiza asistencia y representación jurídica gratuita a los niños y adolescentes que carezcan de medios económicos suficientes. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

¹⁰¹ República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 88. Derecho a la Defensa y al Debido Proceso. Todos los niños y adolescentes tiene derecho a la defensa en todo estado y grado de cualquier proceso administrativo o judicial. Asimismo, tienen derecho al debido proceso, en los términos consagrados en esta Ley y el ordenamiento jurídico. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

¹⁰² República Bolivariana de Venezuela. 1998. LOPNA. Art. 81. Derecho a Participar. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa. El estado, la familia y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños y adolescentes y sus asociaciones. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

“Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección”¹⁰³, en atención a que no se encontraban reguladas la forma y oportunidad procesal del acto dirigido a oír la opinión del niño, niña o adolescente, por lo que en la práctica judicial existían criterios disímiles al respecto, las orientaciones que contiene están dirigidas a funcionarios y funcionarias judiciales y equipos multidisciplinarios que tengan contacto directo con los niños.

Son nueve consideraciones, que tratan en detalle cómo debe oírse al niño, niña o adolescente y las condiciones que deben cumplirse para que la escucha sea en consonancia con el interés superior del niño y sus derechos.

Cabe señalar que la Observación CUARTA define el acto procesal de oír la opinión del niño, niña o adolescente, como un “acto voluntario, informado, informal (documental, oral), individual, sin fines probatorios y obtenido mediante declaración espontánea y/o preguntas libres del Juez o Jueza, que tiene por objeto dar su juicio o parecer sobre una cuestión o conjunto de ellas, suministrar información y aclarar los hechos en que tengan interés y del cual se pueden deducir argumentos que deben ser tomados en cuenta en función de su desarrollo, para adoptar la decisión q que haya lugar con base en su interés superior”¹⁰⁴.

¹⁰³ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2007. Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección. http://www.tsj.gob.ve/acuerdos/-/asset_publisher/7sHtLg0CqM7w/content/orientaciones-sobre-la-garantia-del-derecho-humano-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-a-opinar-y-a-ser-oidos-en-los-procedimientos-judiciales-ante-los- [consulta en línea 20 de febrero 2017]

¹⁰⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2007. Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección. http://www.tsj.gob.ve/acuerdos/-/asset_publisher/7sHtLg0CqM7w/content/orientaciones-sobre-la-garantia-del-derecho-humano-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-a-opinar-y-a-ser-oidos-en-los-procedimientos-judiciales-ante-los- [consulta en línea 20 de febrero 2017]

CAPITULO II

ÁMBITOS DE EJERCICIO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO, SEGÚN LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DE LOS NIÑOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES AFINES.

2.1. Derecho del niño a ser oído en la esfera judicial.

El artículo 12 número 2 de la CDN, se refiere específicamente al derecho del niño a expresar su opinión y a ser tomado en cuenta, pero referido a todo procedimiento judicial y administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.¹⁰⁵

La Observación N° 12, en su análisis jurídico del artículo 12 de la CDN, ha desarrollado esta materia en todo asunto en que el niño, niña o adolescente pueda ser escuchado, pero en este apartado sólo considero lo que dice relación con la esfera judicial.

En su párrafo 15, señala que en cumplimiento de dicha obligación, los Estados partes deben, en su respectivo sistema judicial, garantizar ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda ejercer este derecho. El Comité ha entendido que las leyes del ordenamiento interno no deben limitar el derecho, lo interpreta de modo tal que los Estados deben cumplir con las reglas básicas de un procedimiento justo.¹⁰⁶

¹⁰⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 9 de abril 2017]

¹⁰⁶ FLORES, ONA. 2013. Entrevista a Aoife Nolan: "Recientes avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales". Anuario De Derechos Humanos, N°9. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27046/28644> [consulta en línea 9 de abril 2017] 220p.

Además, señala que el niño, niña o adolescente puede ser parte en juicios como alimentos y filiación, pero también puede ser oído no como parte en aquellos asuntos donde se resuelvan materias de su interés, como relación directa y regular, cuidado personal y otros. Sin olvidar, que es un derecho del niño y por tanto tiene la opción de ejercerlo, no se encuentra obligado a ello.

En los procedimientos debe matizarse la participación de los niños, niñas y adolescentes, ya que su desarrollo y capacidad de decisión no es igual, por ejemplo en un niño de 4 años que en uno de 15 años, por otro lado, “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”¹⁰⁷, asimismo el aplicador del derecho en razón de las condiciones específicas y el interés superior del niño, deberá ponderar la participación en el procedimiento.

Al respecto los miembros de la Comisión de Derechos Humanos de Méjico, Luis Placencia y Ricardo Ortega, hacen referencia a la situación de vulnerabilidad de niñas y niños que participan de un proceso judicial, y en este debate aportan un listado de características presentes en los niños y que son relevantes: i) el desarrollo cognitivo que incide en el razonamiento abstracto y en las nociones del tiempo y espacio que afectan la narrativa infantil; ii) el desarrollo emocional y los mecanismos inconscientes de defensa que modifican el pensamiento infantil; iii) el desarrollo moral, que incide en la manera en que responden frente a la necesidad de evitar el castigo, y su percepción de lo que es correcto.¹⁰⁸

La Observación N° 12, en sus párrafos 50 a 64, establece para los Estados Partes, obligaciones concretas respecto de los procedimientos judiciales civiles y

¹⁰⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 10 abril 2017] párr. 29.

¹⁰⁸ PLACENCIA, LUIS GONZÁLEZ Y ORTEGA SORIANO, RICARDO. 2013. El impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas y niños: una categoría de análisis propia desde una perspectiva de infancia. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS N°9, 2013. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27036/28634> [consulta en línea 10 abril 2017] 107p.

penales. Sin embargo, “ni la Convención ni el Comité ha establecido un listado exhaustivo de reglas rígidas y absolutas respecto de: i) cómo debe ser garantizada la participación del niño en cada caso, ni ii) qué tipo de actividades de consulta o participación deben ser implementadas en cada contexto de toma de decisiones”.¹⁰⁹

Sí entrega un listado de las principales cuestiones que exigen que el niño sea escuchado en procedimientos judiciales civiles:

1. Divorcio y separación: toda legislación al respecto debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por el juez o en la mediación, ya que en estos asuntos se toman decisiones sobre materias que son de interés del niño, asimismo el juez debe otorgar especial consideración al interés superior del niño. Para determinar si el niño tiene la capacidad de expresar sus propias opiniones, la Convención prefiere que se evalúe caso a caso según la madurez y edad del niño.
2. Separación de los padres y formas sustitutivas de cuidado: ya sea que el niño sea apartado de su familia por abusos o negligencia en su hogar, siendo asignado a casa de acogida familiar o de guarda, adopción y otras similares, en dichas decisiones debe siempre considerarse el interés superior del niño y éste no puede determinarse sin tomar en consideración la opinión del niño.

Respecto a los procedimientos judiciales penales, la Observación N°12 se refiere al niño en diversas situaciones en las que debe ser oído:

1. Niño infractor: es aquel respecto de quien se alega que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes. Debe ser oído en todas las etapas del juicio, desde la prejudicial, hasta la sentencia y aplicación de medidas impuestas. Debe ser informado en todo

¹⁰⁹ FLORES, ONA. 2013. Entrevista a Aoife Nolan: “Recientes avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales”. Anuario De Derechos Humanos, N°9. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27046/28644> [consulta en línea 9 de abril 2017] 219p.

momento y las audiencias deben ser secretas, salvo excepciones muy calificadas.

2. Niño víctima o testigo: debe ser informado sobre su papel, la forma en que será “interrogado”, mecanismos de apoyo, posibilidades de recibir reparación y otras.

Dicha Observación complementa a la CDN que en su artículo 40.2, consagra un conjunto de garantías que aseguran la vigencia del debido proceso respecto del niño infractor.

Así la CDN, promueve la creación de sistemas de juzgamiento y atribución de consecuencias a adolescentes infractores, que impliquen un límite a la extensión del poder punitivo del Estado, cuyas características principales debiesen ser:¹¹⁰

- a) Garantizar que ninguna persona menor de 18 años sea juzgada y sancionada como adulto.
- b) Establecer una franja de responsabilidad especial cuyo límite superior sean los 18 años y que fije un límite inferior desde el cual considerará que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.
- c) Asegurar a todos los adolescentes un debido proceso a través de un sistema de justicia especializada, asegurando el derecho a la defensa.
- d) Asegurar la aplicación amplia del principio de oportunidad de la persecución, así como salidas alternativas durante el procedimiento.
- e) Considerar la privación de libertad como un recurso excepcional y de corta duración y establecer un conjunto de medidas alternativas.

¹¹⁰ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (2003). “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva.” Revista Justicia y Derechos del Niño – N°3, Unicef. http://www.unicef.cl/web/wpcontent/uploads/doc_wp/Justicia%20y%20derechos%203.pdf [consulta en línea 28 de mayo de 2017] 60p.

Precisamente respecto a los procedimientos judiciales penales, según Cillero Bruñol, existe consenso en doctrina sobre la existencia de un Derecho Penal de Adolescentes, jóvenes o menores, que forma parte del Derecho Penal, pero así también es necesario “un proceso especial, que atienda a las particularidades de las personas a las que se dirige, de las obligaciones del Estado respecto de ellas y de las finalidades de la intervención estatal”¹¹¹, pero debe ser establecido conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, partiendo desde la aplicación de la CDN. En contraposición al modelo tutelar, que fuese inconstitucional, ya que, fundado en la incapacidad del menor y su necesaria protección, sus derechos podían ser restringidos y carecía del derecho al debido proceso.

El fundamento de la capacidad del adolescente y su participación en dichos procesos, se encuentra en su calidad de sujeto de derechos y su autonomía progresiva, por cuanto en atención a la evolución de sus facultades no sólo puede ejercer sus derechos, sino que también adquiere una creciente responsabilidad por sus actos ilícitos¹¹².

Por ello se hace necesario la aplicación de un modelo jurídico de responsabilidad de adolescentes¹¹³, conforme a la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia y la CDN, donde se le reconozca capacidad al adolescente de hacerse responsable por sus hechos, pero en su especial etapa de desarrollo como sujeto de derecho conforme a su autonomía progresiva y además se refuercen sus garantías en el proceso, entre ellas el derecho a defensa en el debido proceso. Conforme a esta tendencia, las legislaciones latinoamericanas han ido

¹¹¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (2003). “De la Tutela a las Garantías: Consideraciones sobre el Proceso Penal y la Justicia de Adolescentes.” Revista Justicia y Derechos del Niño – N°2, Unicef. http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Derechos2.pdf [consulta en línea 28 de mayo de 2017] 54p.

¹¹² CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (s/f). “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios.” <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf> [consulta en línea 28 de mayo de 2017] 9p.

¹¹³ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (2000). “Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la convención sobre los derechos del niño.” Revista Justicia y Derechos del Niño – N°2, Unicef. http://www.unicef.cl/archivos_documento/69/Justicia%20y%20derechos%202.pdf [consulta en línea 28 de mayo de 2017] 113p.

adecuando su derecho interno, así en nuestro país, se dictó la Ley N° 20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, el 7 de diciembre de 2005.

2.1. 1. Supuestos y condiciones en que debe oírse al niño.

El análisis de este apartado se ajusta a lo interpretación de la CDN que realiza la Observación N° 12¹¹⁴, como supuesto o condición, el niño debe estar en condiciones de formarse un juicio propio, es una obligación para los Estados evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, es más, deben dar por supuesto que el niño tiene esa capacidad. Para estos efectos la CDN no impone límite de edad y desaconseja a los Estados Partes que, en la ley o en la práctica los establezcan. La capacidad del niño para formarse una opinión se forma según la información, experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo de los adultos que interaccionan con el niño, el grado de madurez del niño en relación al artículo 12, sería la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.

En el mismo sentido, el niño tiene capacidad de formarse opiniones desde muy temprana edad, aunque no pueda expresarlas de forma verbal, por ello para la plena aplicación del artículo 12 de la CDN, debe considerarse las formas de comunicación no verbal, tales como el dibujo, los juegos, la expresión facial y corporal, etc.

Ahora, si del análisis del caso a caso, se determina que el niño no tiene esta capacidad, de todas formas debe ser oído pero a través de representante.

El niño no necesita tener conocimiento exhaustivo del asunto que lo afecta, sólo una comprensión suficiente para formarse una opinión.

Respecto de los niños que presenten dificultades para emitir su opinión, por ejemplo, niños con discapacidades o niños indígenas, migrantes o todo niño que

¹¹⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 15 de enero 2017]

tenga dificultad, el Estado debe adoptar toda medida necesaria para que el derecho sea ejercido con plena protección del niño.

Según la Observación N° 12, para que el niño pueda ser oído, en consonancia con el artículo 12, deben aplicarse medidas para hacer efectivo el derecho, las que deben adecuarse al contexto en que se escuche al niño y éstas son¹¹⁵:

- a) Preparación: el niño debe estar informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, sobretodo en procedimiento judicial o administrativo y de los efectos que tendrán las opiniones que exprese, del cómo, cuándo y dónde se le escuchará y los participantes. Además sobre su opción de comunicar su opinión personalmente o a través de representante.
- b) Audiencia: el contexto en que será oído el niño debe inspirar confianza, que el niño pueda estar seguro que el adulto responsable de la audiencia lo escuchará y tomará en consideración su opinión. Que la audiencia tenga forma de conversación y sea efectuada en términos de confidencialidad.
- c) Evaluación de la capacidad del niño: para determinar si un niño tiene la capacidad de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, debe analizarse caso a caso, de ser así su opinión debe considerarse un factor destacado en la resolución de la cuestión.
- d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño: el encargado de tomar las decisiones debe informar al niño el resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones, es importante ya que es una garantía de que sus opiniones se toman en serio y que escucharlos no sea una mera formalidad.
- e) Quejas, vías de recurso y desagravio: si su derecho a ser oído resulta violado, el niño debe tener la posibilidad de conocer y dirigirse a la persona competente para expresar su queja, en caso de tratarse de procedimientos judiciales y administrativos, el niño debe tener acceso a procedimientos de

¹¹⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 15 de enero 2017] párr. 40 a 47.

apelación o denuncia, los que además puedan utilizarse sin temor a sufrir violencia o castigo.

Por otro lado, la XIV y la XVII Cumbres Judiciales Iberoamericanas, cuyos protocolos son vinculantes para los Estados participantes, entre ellos Chile, se han referido al derecho del niño a ser oído y las condiciones que deben estar presentes para garantizar su ejercicio.

La XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA del año 2008, establece las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, la que incluye al menor de edad en razón de su edad, dentro de las personas en situación de vulnerabilidad, es decir aquellas personas que se encuentran en especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Asimismo, define niño, niña o adolescente como toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña o adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.¹¹⁶

Asimismo, se refiere a la participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales, señalando que en los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso: se deberán celebrar en una sala adecuada; se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo; se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.¹¹⁷

¹¹⁶ XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2008. Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=34921&name=DLFE-2402.pdf [consulta en línea 7 de mayo 2017] 35p.

¹¹⁷ Ibid., p. 41.

La XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, celebrada en Santiago de Chile el año 2014, acordó el Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, y establece a propósito del derecho del niño a ser oído, las consideraciones para las y los juzgadores: informar al niño, niña o adolescente sobre las etapas del juicio, lo que implica cada una de ellas, la importancia de su participación, lo que se espera de ella, en particular conocer su punto de vista sobre lo ocurrido; escuchar al niño, niña o adolescente, de manera oficiosa, aun cuando no haya sido a petición de parte; garantizar que existan condiciones adecuadas para la participación diferenciada y especializada; que la opinión del niño forme parte explícita del razonamiento de lo resuelto¹¹⁸. Estas consideraciones son examinadas en detalle en dicho protocolo y pueden resultar muy útiles en la práctica, considerando que Chile suscribió este protocolo, por ello se adjuntan en el anexo de este trabajo.

2.1.2. Realidad nacional.

La consagración legal del derecho del niño a ser oído ya fue tratada en el apartado respectivo, ahora analizaré la realidad nacional en su ejercicio en la esfera judicial, para ello plantearé algunas interrogantes.

¿De qué forma se ejerce en juicio el derecho del niño a ser oído en nuestra realidad nacional?

Lo que sucede normalmente en la práctica, es que la audiencia confidencial se solicita como medio de prueba en la audiencia preparatoria, sin embargo, debiera ser oído porque es un sujeto de derecho, como tal debe ser escuchado tal como lo son

¹¹⁸ XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2014. Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=DL_FE-6361.pdf [consulta en línea 7 de mayo 2017] 36p.

las partes en el juicio, por lo tanto debiese ser escuchado en la etapa de discusión, “colocarlo a la misma altura que los demás intervinientes”.¹¹⁹

Sin embargo, en los estudios que se han realizado en esta materia se aprecia que el protagonismo en juicio lo tienen los adultos, ya sea los padres, madres, abuelos, etc., el papel de los niños es secundario y accesorio, salvo calificadas excepciones.¹²⁰

Y esto es contradictorio porque el fin de escuchar a los niños es precisamente conocer sus sentimientos, sus deseos, y en definitiva puedan ejercer sus otros derechos.

¿Cuándo escucharlos, Es obligatorio?

El profesor Lepin considera que no es obligatorio, pero sí que se les confiera la posibilidad de ser escuchados, con ésta posibilidad se cumple con el estándar y no podría anularse el juicio.¹²¹

Si bien los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser oídos, el juez emplea ciertos criterios para determinar si procede que sean oídos, estos suelen ser: la materia sobre la que versa el juicio, la edad del niño, niña o adolescente; sin ser taxativos ya que también el juez debe considerar el caso a caso.

En cuanto a la materia, la Ley sobre Tribunales de Familia reconoce explícitamente la única forma materia en que se desarrolla una escucha directa del

¹¹⁹ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. Conversatorio “La participación de los niños en los procesos de familia. El derecho a ser oído”. 27 octubre 2016, Programa de Estudios, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹²⁰ VARGAS PAVEZ, MACARENA, & CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, vol.17, N°1. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> [consulta en línea 22 de enero 2017] 187p.

¹²¹ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. Conversatorio “La participación de los niños en los procesos de familia. El derecho a ser oído”. 27 octubre 2016, Programa de Estudios, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

niño, niña o adolescente y se refiere a su vulneración de derechos y aplicación de medidas de protección¹²², sin perjuicio de la designación de un curador ad litem.

En el resto de las materias como son el cuidado personal, relación directa y regular y otros, el niño no es oído directamente sino que a través de informes de peritos, relatos de terceros o de las partes, mención aparte ofrecen las materias de violencia intrafamiliar en que como víctima o testigo también pudiere ser oído.

Respecto a la edad de los niños, acorde a los instrumentos internacionales debiera considerarse la edad y la madurez del niño en consonancia con su autonomía progresiva y determinar el caso a caso. Sin embargo, en nuestra realidad se evita oír a menores de 5 años por la dificultad de relacionarse con ellos en un contexto judicial y procurar que no sean castigados por quienes los tienen a su cargo o incluso sean manipulados por ellos.¹²³

“A niños con...menos de 5 años es muy raro que yo los cite a audiencia confidencial, y si es que fuera así, yo me resto de esta audiencia y la hace en presencia mía el consejo técnico, específicamente un profesional del área de la psicología, y para niños mayores va a depender de la materia que se discuta y de la autonomía que el niño tenga (Juez N°6).”¹²⁴

Pero esta decisión está entregada al criterio del Juez, y encontramos opiniones dispares al respecto, se puede apreciar de “lo ha expresado el Juez N° 2: “(La opinión del niño) Tiene una injerencia alta, pero otra vez hay que remitirse al concepto de autonomía progresiva del adolescente. Uno no puede darle el mismo peso, no pesan igual la opinión de un lactante o la de

¹²² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1962. Ley de Menores N° 16.618. Artículo 79. Ley de Tribunales de Familia N° 19.968. Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas o adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28581> [consulta en línea 22 de enero 2017]

¹²³ VARGAS PAVEZ, MACARENA, & CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, vol.17, N°1. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> [consulta en línea 22 de enero 2017] 195 p.

¹²⁴ SALUM ALVARADO, ELENA; SALUM ALVARADO, SARA; SAAVEDRA ALVARADO, RICARDO. 2015. Derecho de los niños y niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 26-2015. <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8022/9049> [consulta en línea 21 de marzo 2017] 70p.

un niño de 12 años que la opinión de un joven de 17 años a uno de 11. Uno no puede darle el mismo peso a la opinión de un niño que refleja madurez, no obstante, sus cortos años, frente a un drogadicto de 17 (...).¹²⁵

Ahora, para determinar la madurez y capacidad de los niños, niñas y adolescentes para emitir una opinión, siempre es útil la ayuda de profesionales expertos como psicólogos y oír efectivamente al niño, desde su particularidad como niño. De no encontrarse en condiciones de hacerlo por sí mismo, de igual forma puede ser oído pero por intermedio del relato de padres, cuidadores o los adultos responsables del niño.

Según la forma en que termine el caso pueden suceder varias situaciones, de partida el asunto puede empezar y terminar cuando se celebra y se llega a acuerdo en el contexto de una mediación, donde si bien se puede oír al niño, la más de las veces será ignorado (lo que será analizado más adelante en particular), además, ya iniciado un proceso y durante la tramitación del mismo, los padres pueden llegar a un acuerdo y darle término anticipado al juicio, situación que tampoco significa oír al niño, ambas situaciones planteadas pueden llevar a que finalmente en el cumplimiento de lo acordado y al ser necesaria la participación del niño en su ejecución, éste sea incumplido, ya que no se tomó en consideración la opinión del niño quien es el directamente llamado a cumplir con los hechos del acuerdo y como consecuencia, se hace necesario un juicio de cumplimiento.

Por otro lado, están los casos en que las posiciones de las partes no hacen posible un acuerdo y el juez antes de dictar sentencia opta por oír al niño, como se aprecia en el testimonio de operadores del derecho, a propósito del estudio realizado por Macarena Vargas y Paula Correa¹²⁶:

¹²⁵ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2013. El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago, Legal Publishing Chile. 60p.

¹²⁶ VARGAS PAVEZ, MACARENA, & CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, vol.17, N°1. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> [consulta en línea 22 de enero 2017] 197p.

“Consejera Técnica: En todo caso Magistrado, yo creo que ahora es mejor escuchar a la niña en forma confidencial y resolver una vez escuchando a la niña, porque si no las partes están muy posicionadas...”. Audiencia de incidente, relación directa y regular, niña de 13 años.

“Abogado de la madre: Así mismo su señoría, atendido a lo dispuesto en el artículo 16 que crea la ley que crean los tribunales de familia, vengo en extracto a solicitar al tribunal que cite si fuera posible en una audiencia especial para que el niño XXX fuera oído, y exponga al tribunal desde su punto de vista de lo que él estima conveniente frente a la situación del reclamo de su padre.”. Audiencia reservada, relación directa y regular, niño de 11 años.

Asimismo, respecto de la mediación, se ha recogido la opinión de los mediadores en torno a la escucha del niño, y en nuestro sistema lo hacen en menor medida de lo que quisieran, “En la práctica no ocurre mucho (oír a los niños en mediación), porque los mediadores, en general, no tienen una experticia en el tema, y porque para convocar a un niño a una mediación, debe haber tres partes que estén de acuerdo, lo que ya restringe un poco las posibilidades. Puedo yo querer entrevistar a un niño, considerando las circunstancias del caso en particular, pero tengo que tener el consenso de los padres”. Mediador familiar, Santiago.¹²⁷

La importancia de recuperar este espacio para la opinión del niño y que pudiese darse en la mediación va más allá del caso concreto, que no deja de ser importante, sino que puede convertirse en un elemento que desarrolle una concepción democrática de la familia, “donde el sistema familiar sea entendido como un espacio donde el niño y la niña, pueden desde muy pequeños, desenvolverse en un ambiente de tolerancia, comprensión, respeto y solidaridad, fortaleciendo así la capacidad de participar conscientemente en la toma de decisiones en temas de su interés”¹²⁸, que sea un punto de partida desde donde la comunidad, las autoridades, órganos y Estado, asumirán un cambio en el paradigma en que los niños, niñas y adolescentes puedan plantear sus intereses.

¹²⁷ VARGAS PAVEZ, MACARENA, & CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, vol.17, N°1. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> [consulta en línea 22 de enero 2017] 198p.

¹²⁸ VALDEBENITO, CATERINE. 2013. Presencia de los niños y niñas en la mediación familiar en Chile. Revista RUMBOS TS, año VII, N° 7. <http://revistafacso.ucecentral.cl/index.php/rumbos/article/view/58> [consulta en línea 22 de enero 2017] 58p.

En concreto, existen diversas formas de que el niño sea escuchado, ya sea por sí mismo, a través de sus padres u otros adultos, un representante, un abogado, el curador ad litem, consejo técnico, peritajes, pero que tan efectivas resultan estas vías de oír al niño, si quien representa al niño puede no estar debidamente preparado, el abogado puede no estar especializado, el curador ad litem puede ser incluso designado al momento de la audiencia sin siquiera existir contacto o entrevista previa con el niño, si el consejo técnico no está integrado por psicólogo, peritos cuya técnica o procedimientos pueden no estar estandarizados.

Procesalmente hablando, ¿cómo se ejecutan algunas de estas alternativas de escucha?

1. Audiencia reservada:

También llamada audiencia confidencial o especial con niños, normalmente se realiza antes o después de la audiencia preparatoria o de juicio, en cuanto a su duración es variable, tiene lugar generalmente en la sala de audiencia, en presencia del juez y a veces del consejo técnico, el objetivo es oír al niño, quien no puede realizar ninguna gestión procesal en dicha audiencia.

“Las audiencias confidenciales son las que toma el juez cuando escucha al niño. Ojalá que lo haga en presencia de un funcionario del equipo técnico-psicosocial, para preguntar como corresponde porque nosotros tampoco tenemos mucha información en cómo hacerlo. Nosotros somos abogados, un poco fríos, alejados del mundo social y psicotécnico, entonces, a quienes nos interesa y apasiona este mundo, hemos tenido que aprender técnicas de entrevista con niños, qué hay que preguntar y qué no hay que preguntar. (Juez N°1)”¹²⁹

Ya mencioné que el único caso en que se establece la escucha directa en nuestra legislación se refiere al procedimiento de aplicación de medidas de protección

¹²⁹ SALUM ALVARADO, ELENA; SALUM ALVARADO, SARA; SAAVEDRA ALVARADO, RICARDO. 2015. Derecho de los niños y niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 26-2015. <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8022/9049> [consulta en línea 21 de marzo 2017] 69p.

respecto de niños, niñas y adolescentes, sin embargo la audiencia confidencial es la forma más valiosa en términos de intermediación para recoger la opinión del niño, y el juez de familia está facultado para decretar su procedencia en todo procedimiento, no sólo en el de aplicación de medidas de protección.

Sin embargo, son varios los elementos que debieran cumplirse para que esta escucha sea eficaz y conforme al estándar internacional de protección de los derechos humanos de los niños, si bien falta mucho camino por recorrer, esa es la dirección en que se dirigen nuestros operadores del derecho.

Uno de ellos es la presencia del consejo técnico en dichas audiencias y la posibilidad de que presten ayuda al juez al momento de lograr un diálogo con el niño y la apreciación de su opinión desde sus conocimientos técnicos, sin embargo para que esto suceda el consejo técnico debe estar capacitado, tal como los demás operadores del derecho que intervienen, situación que es dispar, según se ha advertido en diversos estudios.

“En mi tribunal tenemos muy buenos consejeros técnicos, ellos son los especialistas en materia complejas, nos orientan y ayudan a tomar la mejor decisión. Yo, habitualmente cuando realizo audiencias confidenciales, las hago en compañía del Consejero Técnico. Esto porque nosotros los jueces no tenemos formación académica en materia de teorías de familia, psicología del niño o del adolescente, los cursos de la academia judicial son un barniz, y cuando queremos capacitarnos, como en mi caso, lo he hecho por mi propia iniciativa y con mis propios recursos. (Juez N°3)”¹³⁰

El Abogado N° 2 agrega: “Yo pienso que el Consejo Técnico debería tener un rol relevante, pienso que deberían ser personas idóneas, es decir, con una capacitación específica, con una capacitación de verdad, en materia de menores, que contemple conocimientos de psicología, conocimientos de sociología, que no existe. Si se cumpliera con los parámetros ideales, creo que el rol del Consejo Técnico sería fantástico y nos orientaría perfecto, pero en las condiciones actuales y siendo muy sincera, creo que es de muy poca utilidad, más bien entorpece. No me parecen resoluciones de los

¹³⁰ SALUM ALVARADO, ELENA; SALUM ALVARADO, SARA; SAAVEDRA ALVARADO, RICARDO. 2015. Derecho de los niños y niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 26-2015. <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8022/9049> [consulta en línea 21 de marzo 2017] 71p.

consejos técnicos fundamentadas ni coherentes, ni que tengan la preparación suficiente como para determinar materias importantes”.¹³¹

Además de la audiencia confidencial, en la actualidad existe como práctica que el consejero técnico se reúna previo a la audiencia, ya sea con las partes o con el niño, la mayor de las veces para allegar al juez una opinión acerca del posicionamiento de las partes o las eventuales posibilidades de acuerdo, sin embargo, estas entrevistas no suelen quedar registradas y por ello no se tiene conocimiento de su contenido.

Otro factor determinante en la eficacia de la audiencia confidencial es que el juez de familia tenga la capacitación para lograr un diálogo con el niño, situación que se cumple en la medida que el mismo juez se capacite para ello, pues la formación general que reciben, no es suficiente.

“La Academia Judicial da algunos cursos que tienen que ver con entrevistas a niños, pero la verdad es que la experiencia que yo he tenido no ha sido la mejor. Yo he tomado un magíster en la Universidad de Valparaíso y además he tomado varios cursos aparte con el fin de formarme en esos aspectos y cursos que ha satisfecho mis dudas. También hemos hecho trabajos con el consejo técnico y tengo la suerte de tener una muy buena relación laboral con los profesionales. Hemos tenido una suerte de capacitaciones mutuas para compartir experiencias y saber cómo preguntar, qué hacer y qué no hacer, he adquirido (hablo solo por mí) un grado mediano de manejo, por lo menos para entender cuándo estamos metiendo la pata y cuándo vamos bien. (Juez N°2)”¹³²

Ahora, respecto al aspecto práctico de dónde debe llevarse a cabo la audiencia, la mayoría de las ocasiones se realiza en la sala de audiencia del tribunal, situación que no es acorde con el ambiente de comodidad necesario para que el niño se sienta en confianza de entablar una conversación donde manifieste su sentir, y por ello esta situación es contraria al sentido de la CDN, por ello en nuestro país el año 2011, se

¹³¹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2013. El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago, Legal Publishing Chile. 44p.

¹³² SALUM ALVARADO, ELENA; SALUM ALVARADO, SARA; SAAVEDRA ALVARADO, RICARDO. 2015. Derecho de los niños y niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 26-2015. <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8022/9049> [consulta en línea 21 de marzo 2017] 72p.

implementó el plan piloto de las salas Gesell¹³³, primero en el Juzgado de Familia de Melipilla, el año 2013 comenzó a serlo a través del país, para terminar su puesta en marcha a fines del año 2015, tanto en juzgados de familia y juzgados mixtos.¹³⁴

Como complemento y en colaboración en la implementación de las salas Gesell, el 30 de diciembre de 2014, la Corte Suprema dictó el autoacordado N°237-2014¹³⁵, que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en tribunales con competencia en materia de familia. Este autoacordado es bastante breve y utilizando algunos términos no ajustados a la nomenclatura internacional, como por ejemplo los términos, menor e interrogatorio, es un avance en cuanto el máximo tribunal del país se pronunció en esta materia.

El referido autoacordado lo inserté en el anexo de este trabajo, pero en resumen dictamina que las entrevistas con niños, niñas o adolescentes se llevarán a cabo en salas especiales acondicionadas para ello, según los criterios que el mismo autoacordado establece y de ser posible en sala Gesell, y siempre quedando registro de dichas actuaciones.

¹³³ La Cámara Gesell, fue creada por el sicólogo infantil Arnold Gesell (EEUU) y permite observar por medio de un espejo unidireccional la conducta de los niños, sin que la presencia de extraños perturbe su comportamiento. En nuestro país se realizó un proyecto piloto donde la entrevista fue realizada por una psicóloga especializada, y la sesión, observada por los jueces desde la sala contigua. Para estos efectos, los magistrados cuentan con equipos de audio y video para grabar e impartir por medio de sonopronter instrucciones a la entrevistadora. <http://www.cajmetro.cl/noticias/camara-gesell/> [consulta en línea 19 de marzo 2017]

¹³⁴ GARCÍA CÁRCAMO, PAULINA. Jueza titular del Primer Juzgado de Familia de Santiago y coordinadora de implementación de sala Gesell en tribunales de Familia. Conversatorio “La participación de los niños en los procesos de familia. El derecho a ser oído”. 27 octubre 2016, Programa de Estudios, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹³⁵ CORTE SUPREMA DE CHILE. 2014. Autoacordado que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en tribunales con competencia en materia de familia, N°237-2014. <http://autoacordados.pjud.cl/> [consulta en línea 19 de marzo 2017]

Establece además los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes relativos a la audiencia, destacando su derecho a información y al carácter de voluntario de su participación.

2. Peritajes e informes:

Lo positivo de estos peritajes sería evitar al niño la necesidad de sobre exposición ante el tribunal, es decir, la revictimización o victimización secundaria del niño, además de la conveniencia que un profesional calificado realice la entrevista y aplique los test o diagnósticos técnicos.

Sin embargo, fiarse de un informe de este tipo y prescindir de la opinión del niño manifestada en forma directa, puede resultar atentatorio a sus derechos, por cuanto el informe no necesariamente expone la opinión del niño, sino que registra la visión del profesional que lo emite, cuya calificación profesional e imparcialidad es otro punto a considerar para evaluar la legitimidad del informe.

“Yo creo que sirve de re poco, orientan, dan orientación. De los peritajes que sí están bien hechos, que ese es otro tema, o sea, si el perito se mantiene en el papel de perito. Cuando el perito empieza a opinar o empieza a resolver el conflicto, obviamente se va para el lado de la parte que lo presentó...”.
Jueza de familia. Santiago.¹³⁶

3. Curador ad litem:

Es designado por el juez de familia en el contexto de un procedimiento para decretar medida de protección en favor de un niño, niña o adolescente vulnerado en sus derechos.

La mayor duda es la eficacia de esta figura, normalmente es un postulante o abogado de la Corporación de Asistencia Judicial, quien es nombrado la mayoría de las veces, en la misma audiencia y por ende, el curador no tiene tiempo de conocer con profundidad el caso o derechamente conversar con el niño por cuyos derechos

¹³⁶ VARGAS PAVEZ, MACARENA, & CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, vol.17, N°1. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> [consulta en línea 22 de enero 2017] 192p.

vela, ya que puede encontrarse con la negativa o pasividad del adulto responsable en proporcionar el encuentro. Además de la dificultad que el curador puede no estar preparado profesionalmente para sumir ese rol.

Sin embargo, sería una figura lo más parecido al abogado del niño y eventualmente puede tener una participación importante según el caso.

2.1.3. Posibilidad de que el niño no exprese libremente su opinión en la esfera judicial.

La Observación N°12 en su párrafo 21 se refiere al “derecho de expresar su opinión libremente”. Esto significa que el niño pueda expresar su opinión sin presión o manipulación y escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado.

Para que esto sea posible, los Estados Partes deben garantizar las condiciones para que el niño se sienta respetado y seguro al expresar sus opiniones, en este sentido es fundamental el derecho de información, respecto de las condiciones en que será escuchado; los asuntos, las opciones y posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias.

Sin embargo, el ejercer su derecho a ser oído tiene la limitación de que no sea oído más allá de las ocasiones necesarias, para evitar una revictimización o victimización secundaria.¹³⁷

En la expresión de la opinión del niño, debe desentrañarse si está emitiendo su opinión de forma libre, ya que puede que no sea coincidente con su real interés, por ello juez y su consejo técnico deberán determinar los eventuales motivos porque el niño se exprese de esa forma, si obedece a desinformación, capricho, influencia o presiones de los adultos responsables, etc.

“El niño no debe sentir que él es quien elige entre su padre o madre, y el juez no debe creerse vinculado por lo que aquel le señale. El juez resolverá priorizando el interés del niño, para lo cual tendrá en cuenta sus argumentos, lo que no implica

¹³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 15 de enero 2017] 10p.

acogerlos plenamente pues del mismo modo escucha al litigante, aunque no comparta la solución que la parte le propone. La misión del juez es descubrir la verdadera voluntad del niño, otorgarles a sus dichos una connotación acorde con su edad y madurez, sin ignorar las posibles presiones, interferencias o adoctrinamientos que el niño pueda estar soportando”.¹³⁸

Respecto a las influencias o presiones, debe buscar descartar la existencia de síndromes como la alienación parental, síndrome de Estocolmo y padrectomía.

Entre ellos cabe mencionar el síndrome de alienación parental, que, referido a su presencia en juicio, consiste en “un trastorno infantil que se produce en escenarios de disputas judiciales por cuidado personal y relación directa y regular. Se caracteriza por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Se traduce en que el niño se abanderiza con la causa del padre cuidador, en perjuicio del otro progenitor, lo que puede expresarse en desprecio y enemistad hacia el padre no conviviente, extensivo a su familia.”¹³⁹

Este síndrome fue instituido por el psiquiatra Richard Gardner el año 1985 y ha tenido dispar reconocimiento en legislaciones comparadas en atención a que no ha sido reconocido como un síndrome médico en el DSM IV, aunque se ha postulado y considerado su inclusión en el DSM 5.¹⁴⁰ Asimismo ocurrió en nuestra legislación, ya que si bien fue incluido en el Boletín N°5917-18 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del

¹³⁸ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2002. El derecho del niño a ser oído en el nuevo Derecho de Familia. Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, 2002. El derecho del niño a ser oído en el nuevo Derecho de Familia. Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 259p.

¹³⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ. 2011. La relación directa y regular como efecto de la ruptura. Revista de Magister y Doctorado en Derecho N°4-2011. 130p.

¹⁴⁰ MAIDA S, ANA MARRGARITA, HERSKOVIC M, VIVIANA, & PRADO A, BERNARDITA. 2011. Síndrome de alienación parental. Revista chilena de pediatría, 82(6). <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v82n6/art02.pdf> [consulta en línea 19 de abril 2017] 486p.

menor en caso de que sus padres vivan separados, finalmente fue desestimada la idea de incluir el síndrome en el texto final de la Ley N°20.680.

Sin embargo, se ha sostenido que el hecho de que no esté reconocido no significa que no exista en la realidad, en estudios ha sido manifestada esta postura por jueces, “No necesito que sea una patología para tomarlo en cuenta, o sea, a mí me basta con que sean un conjunto de elementos, si los quiere llamar indicios, síntomas, para que configuren el síndrome, que generen disfuncionalidad en la relación con el hijo o en la relación con el hijo con el otro progenitor. A mí me parece que si genera esa disfuncionalidad ya hay que considerarlo. Si alcanza el nivel de patología, pero. Y si no lo alcanza, no me importa (...)”. “El interés superior del niño está en que pueda tener un adecuado y sano vínculo con ambos progenitores, si uno de los dos está atornillando en contra, habrá que tomar las medidas para quitarle el desatornillador a tiempo. Verdaderamente no creo que sea relevante que sea o no patológico”. Juez N° 3¹⁴¹

Por otro lado, existe jurisprudencia que lo considera el momento de fallar, no como síndrome pero sí como alienación parental, una muy sutil forma de maltrato infantil que amerita ser sancionado y decretar medidas de protección, lo que es muy conveniente ya que no necesita estar reconocido como síndrome en el listado del DSM.¹⁴²

Al momento de oír al niño, puede advertirse la alienación cuando el niño se expresa en términos odiosos respecto del padre o madre con quien no vive, términos que no obedecen al léxico de un niño de su edad sino que son palabras o dichos que sólo serían emitidos por un adulto, al punto de mantener un discurso la más de las veces muy bien articulado y fundamentado, al que solo hubiese llegado como conclusión si tuviera el conocimiento y forma de ver las cosas de un adulto.

2.1.4. La opinión del niño ¿es vinculante para el Juez?

La Corte Suprema ha planteado que el derecho del niño a ser oído, constituye un derecho primordial “conforme al cual, todo niño, niña o adolescente tiene derecho a expresar sus opiniones en los diferentes ámbitos de su vida. Si bien la obligación

¹⁴¹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2013. El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago, Legal Publishing Chile. 148 p y ss.

¹⁴² Ibid., 149 y 152 p.

de oír al niño no es equiparable con la de aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante a analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que se adopte sea la más favorable a su respecto”.¹⁴³

El Profesor Lepin, sostiene que en ningún caso es vinculante su opinión, la obligación del juez es sólo escucharlo, “si lo que dice el niño coincide además con los medios probatorios del juicio, es más probable que resuelva en base a lo que el niño plantea”.¹⁴⁴

No debe olvidarse que lo primordial es velar por el interés superior del niño, niña o adolescente, por ello puede que incluso el juez estime que no es necesario escucharlo o que éste acto le produzca un perjuicio, si lo escucha debe considerar lo expresado por el niño pero la solución al conflicto jurídico será decidida por el juez en consonancia con los demás medios de prueba, ahora, la decisión debe ser siempre fundada, acoja o no lo expresado por el niño.

El Juez N° 5 ha declarado al respecto: “No se debe hacer necesariamente lo que los niños quieren. A veces son niños pequeños de 5 ó 6 años y los padres dicen que ‘el niño decidió tal cosa’ y los padres por creer que velan por el interés superior del niño hacen lo que ellos quieren. Este es un mundo donde mandan los adultos y no donde mandan los niños”. “No necesariamente lo que el niño expresa es lo que yo voy a decidir. Bueno depende de la edad, pero el tribunal resuelve lo que él cree que es mejor para los niños”.¹⁴⁵

La magistrado Paulina García expone, “No es vinculante, nosotros no podemos crear falsas expectativas en el niño, no podemos señalar “lo que tú dices se va a hacer”, porque el interés superior del niño y el derecho a ser oído, no es cumplir sus

¹⁴³ Fallo de fecha 29 de julio de 2008, causa Rol N° 3469-2008.

¹⁴⁴ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. Conversatorio “La participación de los niños en los procesos de familia. El derecho a ser oído”. 27 octubre 2016, Programa de Estudios, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁴⁵ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2013. El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago, Legal Publishing Chile. 61p.

deseos, porque si el deseo es perjudicial para el niño, analizando con toda la prueba, el juez va a ponderar la prueba también, considerando el peso de la prueba.”¹⁴⁶

2.1.5. Otros ámbitos de ejercicio del derecho del niño a ser oído y el derecho a la participación.

El niño también debe ser oído en los procedimientos administrativos, la CDN en su artículo 12.2, obliga a todos los Estados partes a incorporar a su legislación los procedimientos administrativos que se ajusten al artículo 12 y que sean adaptados a los niños. No es tan extraño que un niño necesite acceder a estos procedimientos, será incluso más frecuente a que sea oído en un asunto judicial, ya que un procedimiento administrativo podría ser por ejemplo, cuestiones ante el establecimiento educacional al que asista o cualquier solicitud que se efectúe ante un organismo público.

El artículo 12.1. de la CDN, establece que “los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño...”, la Comisión redactora de la CDN si bien menciona algunos asuntos no debe entenderse que sea un listado, sino que la interpretación es amplia, se incluye cualquier asunto en que el niño tenga interés. La Observación N°12, en su párrafo 86 señala que para “abarcar estas intervenciones, se utiliza constantemente el concepto de participación y se refiere a una amplia gama de asuntos, como la familia, la salud, la economía, la educación o el medio ambiente, que son de interés no solamente para el niño como individuo sino también para grupos de niños y para los niños en general”.

¹⁴⁶ GARCÍA CÁRCAMO, PAULINA. Jueza titular del Primer Juzgado de Familia de Santiago y coordinadora de implementación de sala Gesell en tribunales de Familia. Conversatorio “La participación de los niños en los procesos de familia. El derecho a ser oído”. 27 octubre 2016, Programa de Estudios, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Es más, el concepto participación debe entenderse que puede ser desarrollado no sólo por un niño como individuo sino que también grupos de niños, como por ejemplo niños indígenas o niños con capacidades especiales.

Los asuntos a que se refiere explícitamente la CDN y que son desarrollados por la Observación N°12 son:

a) La familia:

Es primordial, para que los niños desde edades tempranas puedan ejercer su derecho a ser escuchado, lo que resultaría una preparación para su ejercicio en comunidad, sociedad y frente al Estado. Incluso establece la obligación del Estado en promover a través de programas que deben ser difundidos, con el objeto de lograr que padres y adultos alienten a los niños y niñas por igual, a expresar su opinión en los asuntos que los afecten.

b) La salud:

Se refiere a cada una de las decisiones relativas a la atención de salud y a la participación de los niños en la formulación de políticas y servicios de salud.

Se debe incluir a los niños en los procesos de adopción de decisiones, de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Obliga a los Estados Partes a dictar leyes o reglamentos, que garanticen el acceso de los niños al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres, en aquellos casos en que resulte necesario para la protección de la seguridad y del bienestar del niño, por ejemplo, en caso de violencia o maltrato del niño en el hogar.

El Comité alienta a los Estados Partes para que establezcan una edad en que el niño tenga derecho al consentimiento, pero a su vez si el niño es menor a dicha edad y demuestra capacidad para expresar su opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento, se tome debidamente en cuenta su opinión.

Además, los Estados Partes deben introducir medidas para permitir que los niños aporten opiniones y experiencia en planificación y programación de servicios de salud y desarrollo de la infancia.

c) La educación y la escuela:

El Comité en su Observación N°12, observa con preocupación el autoritarismo, la discriminación, la falta de respeto y la violencia continuadas que caracterizan muchas escuelas y aulas. Por lo que los Estados partes deben adoptar medidas para fomentar las oportunidades de que los niños expresen sus opiniones y sean debidamente tomadas en cuenta.

Ejemplos de participación permanente de los niños son: los consejos de aula, consejos de alumnos, representación del alumnado en consejos y comités escolares.

Toda medida debe tener por objetivo lograr una educación participativa, lúdica, interactiva, protectora, atenta, que preparen a niños y adolescentes para asumir un papel activo en la sociedad y una ciudadanía responsable en sus comunidades.

d) En el trabajo:

Se refiere a la situación de los niños que trabajan en una edad más temprana que la señalada por las leyes y convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, y deben ser escuchados en un entorno adaptado a ellos. Además, deben ser incluidos en la búsqueda de una solución de este asunto y los niños en general deben ser escuchados cuando se formulen políticas para eliminar las causas del trabajo infantil.

También deben ser protegidos de la explotación infantil y los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (Observación General N°8 de 2006).

e) En situaciones de violencia:

La CDN establece el derecho del niño a estar protegido de todas las formas de violencia y la responsabilidad de los Estados partes de garantizar este derecho para todos los niños sin discriminación de ningún tipo, que los niños crezcan libres de toda forma de violencia física y psicológica.

El Comité hace hincapié en que la mayoría de los actos de violencia en contra de niños no resultan enjuiciados, porque las conductas abusivas son vistas como prácticas culturales aceptadas, como los castigos corporales, mutilación genital o matrimonio prematuro, o porque no existen mecanismos de denuncia.

Juegan un papel muy importante, las organizaciones de niños e iniciativas dirigidas a ellos para prevenir y erradicar la violencia contra los niños, su actuación debe ser alentada y apoyada por los Estados Partes.

f) En los procedimientos de inmigración y asilo:

Los niños en esta situación son especialmente vulnerables, migraciones y asilos son fenómenos cada vez más frecuentes dada la situación política, económica y social mundial.

En asuntos de educación, salud, derechos, servicios disponibles y otros, es esencial que estos niños tengan toda la información que requieran, en su propio idioma.

g) En situaciones de emergencia:

El derecho del niño a ser oído no pierde vigencia en situaciones de emergencia o posteriores a ella. Los Estados Partes deben potenciar la participación de los niños, niñas o adolescentes en la reconstrucción y deben ser oídos en los asuntos que les afecten.

h) En ámbitos nacionales e internacionales:

El Comité aplaude la formación de parlamentos de jóvenes y participaciones a nivel de comunidad local, pero se debe estimular a que se participe de forma auténtica a nivel distrital, regional, federal, estatal y nacional.

A nivel internacional, es importante la participación de los niños en las Cumbres Mundiales en favor de la Infancia celebradas por la Asamblea General de la ONU y la intervención de los niños en el proceso de presentación de informes del Comité de los Derechos del Niño.

El Comité alienta a Estados Partes y a las ONG a que apoyen a los niños a presentar opiniones al Comité.

Ahora, toda participación para que sea efectiva y genuina, debe entenderse como un proceso, no como un suceso singular o aislado.

El Comité enuncia en el párrafo 133 de la Observación N°12, cuáles son las condiciones que debiera cumplir un proceso de participación, y que reproduzco a continuación¹⁴⁷:

a) Transparentes e informativos: se debe dar a los niños información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta y acerca del modo en que tendrá lugar esa participación y su alcance, propósito y posible repercusión.

b) Voluntarios: jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento.

c) Respetuosos: se deben tratar las opiniones de los niños con respeto y siempre se debe dar a los niños oportunidades de iniciar ideas y actividades. Los adultos que trabajen con niños deben reconocer, respetar y tomar como base los buenos ejemplos de participación de los niños, por ejemplo, en su contribución en la familia, la escuela, la cultura y el ambiente de trabajo. También es necesario que comprendan el contexto socioeconómico, medioambiental y cultural de la vida de los niños. Las personas y organizaciones que trabajan para los niños y con niños, también deben respetar la opinión de los niños en lo que se refiere a la participación en actos públicos.

d) Pertinentes: las cuestiones respecto de las cuales los niños tienen derecho a expresar sus opiniones, deben tener pertinencia auténtica en sus vidas y permitirles

¹⁴⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 15 de enero 2017] párr. 103.

recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidad. Además, es necesario crear espacio para permitir a los niños destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes.

e) Adaptados a los niños: los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los niños. Se debe poner el tiempo y los recursos necesarios a disposición de los niños para que se preparen en forma apropiada y tengan confianza y oportunidad para aportar sus opiniones. Es necesario considerar el hecho de que los niños necesitarán diferentes niveles de apoyo y formas de participación acordes con su edad y la evolución de sus facultades.

f) Incluyentes: la participación debe ser incluyente, evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados, tanto niñas como niños, puedan participar. Los niños no constituyen un grupo homogéneo y es necesario que la participación prevea la igualdad de oportunidades para todos, sin discriminación por motivo alguno. Es necesario también que los programas sean respetuosos de las particularidades culturales de los niños de todas las comunidades.

g) Apoyados en la formación: los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación de los niños, por ejemplo, para impartirles conocimientos relativos a escuchar, trabajar conjuntamente con niños y lograr efectivamente la participación de los niños con arreglo a la evolución de sus facultades. Los propios niños pueden participar como instructores y facilitadores respecto de la forma de propiciar la participación efectiva; necesitan formación de la capacidad para reforzar sus aptitudes respecto de, por ejemplo, la participación efectiva y la conciencia acerca de sus derechos y capacitación para organizar reuniones, recaudar fondos, tratar con los medios de difusión, hablar en público y hacer tareas de promoción

h) Seguros y atentos al riesgo: en algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el

riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación. Las medidas necesarias para ofrecer la debida protección incluirán la formulación de una clara estrategia de protección de los niños que reconozca los riesgos particulares que enfrentan algunos grupos de niños y los obstáculos extraordinarios que deben superar para obtener ayuda. Los niños deben tener conciencia de su derecho a que se les proteja del daño y saber dónde han de acudir para obtener ayuda en caso necesario. La inversión en el trabajo con las familias y las comunidades es importante para crear una comprensión del valor y las consecuencias de la participación y reducir a un mínimo los riesgos a los que de otro modo podrían estar expuestos los niños.

i) Responsables: es esencial el compromiso respecto del seguimiento y la evaluación. Por ejemplo, en toda investigación o proceso consultivo debe informarse a los niños acerca de la forma en que se han interpretado y utilizado sus opiniones y, en caso necesario, darles la oportunidad de rechazar el análisis de las conclusiones e influir en él. Los niños tienen derecho también a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado. Cada vez que corresponda, debe darse a los niños la oportunidad de participar en los procesos o actividades de seguimiento. Es necesario que la supervisión y evaluación de la participación de los niños, cuando sea posible, se hagan con los mismos niños.

Como ejemplo en Chile, se llevó a cabo un proceso de participación de carácter nacional y voluntario, diseñado por el Consejo de la Infancia, en coordinación con el Ministerio de Educación, su nombre es “Yo Opino”¹⁴⁸ y durante el año 2016 el lema fue “Yo opino, es mi derecho, niñas, niños y adolescentes también somos ciudadanos”. Su objetivo es generar un espacio de participación deliberativa para niños, niñas y adolescentes que permita recoger su visión sobre el ejercicio de sus derechos en el Chile y sus propuestas para un nuevo trato del Estado con la niñez en nuestro país, los resultados serán considerados en el diseño de las políticas públicas

¹⁴⁸ <https://yoopino.cl/que-es> [consulta en línea 29 de mayo 2017]

en todas aquellas materias que les afecten y en la construcción de la nueva institucionalidad nacional para la infancia y adolescencia.

Se convocó a todos los niños, niñas y adolescentes de 4 a 18 años, en grupos formados por estudiantes de sistema escolar y jardines infantiles, adolescentes privados de libertad, en situación de calle, en aulas hospitalarias e individualmente niños, niñas y adolescentes chilenos y chilenas y vivan en el exterior, pudiendo participar on line en la página www.yopino.cl

En este proceso participó “cerca de medio millón de niños, niñas y adolescentes entre los 4 y los 18 años entregaron sus opiniones en el encuentro nacional. Mientras los más pequeños priorizaron el “derecho a vivir en familia” y “a ser protegidos”, los adolescentes consideran significativos el “derecho a no ser discriminados” y a “ser escuchados”. Las niñas, a diferencia de los varones, dieron prioridad al derecho a no ser discriminadas y a que su opinión sea tomada en cuenta.”¹⁴⁹

Durante el año 2015, también se desarrolló un proceso similar en que participaron 900 mil niños, niñas y adolescentes.

La participación de los niños, niñas y adolescentes en asuntos de su interés, se ve dificultada en América Latina, por los fuertes índices de pobreza en la población infantil y además un cambio cultural que es necesario, desde las relaciones sociales cotidianas, donde los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho puedan participar y ejercer de forma autónoma sus derechos, y en algún momento llegar a la participación efectiva en asuntos públicos, ante autoridades y el Estado.¹⁵⁰

¹⁴⁹ <http://www.consejoinfancia.gob.cl/2017/05/26/yo-opino-2016-el-derecho-a-vivir-en-familia-y-a-la-no-discriminacion-son-los-principales-para-ninos-ninas-y-adolescentes-chilenos/> [consulta en línea 29 de mayo 2017]

¹⁵⁰ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (s/f). “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios.” <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf> [consulta en línea 28 de mayo de 2017] 9p.

2.2. Derechos y principios afines en el ejercicio del derecho del niño a ser oído.

El derecho del niño a ser oído se relaciona con otros principios de la CDN, que lo hacen operativo, los que son explicados brevemente.

2.2.1. Niño como sujeto de derechos.

La Convención reconoce al niño como sujeto de derechos y la ratificación casi universal de este instrumento internacional por los Estados Partes reconoce esta calidad.

La CDN deja atrás la antigua concepción del niño como un objeto de protección y control de los padres y Estado, idea basada en la incapacidad del menor y adopta una doctrina integral donde el niño es un sujeto de derecho, que se construye como un sujeto de derecho especialísimo con una protección complementaria, además de sus derechos humanos como persona.¹⁵¹

En relación al derecho del niño a ser oído, ser considerado sujeto de derecho es crucial para ejercer su derecho a dar su opinión, esto tiene consecuencias incluso procesales como veremos más adelante, en que no otorgar la posibilidad de ser oído en juicio puede llevar a la declaración de nulidad del procedimiento por infracción al debido proceso.

2.2.2. Autonomía progresiva.

El artículo 5 de la CDN habla de “la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos por la presente Convención.”¹⁵²

“La infancia es concebida como una época de desarrollo afectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”¹⁵³, y como tal debe ponderarse no sólo los

¹⁵¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma. 5p.

¹⁵² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 23 abril 2017] 11p.

aspectos de edad y madurez, ya que no son conceptos rígidos, por lo que para efectos de ser oído, la situación del niño debe siempre apreciarse en concreto.

El Comité en su Observación N°14, párrafo 44, hace una clara referencia a la relación entre la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho a ser oído, “cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art.5). el Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar al dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atiende a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión”.¹⁵⁴

2.2.3. Interés Superior del niño, niña o adolescente.

La CDN lo consagra expresamente en el artículo 3°: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Además, en el artículo 9. 3.: Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y

¹⁵³ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma. 4p

¹⁵⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [consulta: 24 de abril de 2017] párr. 44 y ss.

contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Y en el artículo 18.1.: Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio en que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

El interés superior del niño es uno de los principios con mayor desarrollo doctrinario, no es un concepto unívoco, pero tiene mucha aceptación el término que plantea el autor Miguel Cillero, “es la satisfacción integral de sus derechos”.

La Corte de Apelaciones de Santiago se refiere en los siguientes términos: “Que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de los derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida en perspectiva de su autonomía orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad, concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso.”¹⁵⁵

Asimismo la Corte Suprema estima que el interés superior del niño “aun cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del menor; para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera ‘interés superior’ con los derechos del menor”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Secretaría Civil, Rol N°4.105-2004, 1-09-2004, Considerando 5°. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 47p.

¹⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 24 de junio de 2010, en causa Rol N° 608-2012. En este mismo sentido véase las sentencias de fecha 29 de julio de 2008, en causa Rol N° 3469-2008 y 31 de diciembre de 2008, en causa Rol N° 6419-2008. LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2013. El cuidado

Siguiendo a Cillero¹⁵⁷, del artículo 3° de la CDN se desprenden las siguientes características de este principio: es una garantía; es una norma de interpretación y/o resolución de conflictos y además una orientación o directriz política para formulación de políticas públicas para la infancia:

- a) Es una garantía, porque toda decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos, obligación que pesa sobre los padres, autoridades e instituciones públicas y privadas e incluso el legislador.
- b) Es una norma de interpretación y/o resolución de conflictos.
- c) Es una orientación o directriz política para formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

Asimismo sucede en nuestra legislación, donde “este principio inspira toda la normativa sobre las relaciones paterno-filiales, pero también es fuente de orientación, para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colusión de derechos”.¹⁵⁸

Respecto de su relación con el derecho del niño a ser oído, el Comité ha señalado que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Además en el párrafo 11 y siguientes de la Observación N° 14, se refiere a la relación del artículo 3.1 y el artículo 12 de la CDN, y sus “funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la

personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago, Legal Publishing Chile. 52p.

¹⁵⁷ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma. 14p.

¹⁵⁸ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2013. Reforma a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. Revista de Derecho – Escuela de Postgrado N°3-2013. <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/126677>. [consulta en línea 24 de marzo de 2017] 289p.

metodología para escuchar las opiniones del niño o niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente sino se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afectan a su vida”.¹⁵⁹

2.2.4. Protección integral de los derechos del niño.

Históricamente la concepción de los derechos humanos pertenecientes a toda persona, han incluido a los niños, pero no es hasta la CDN que éstos le son reconocidos, aquellos que le corresponden en atención a su especial condición de personas en desarrollo.

Con ello la antigua “Doctrina de la Situación Irregular”, donde se emplaza al Estado a proteger a niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo social, dejando fuera a aquellos que tenían sus necesidades básicas satisfechas, es dejada atrás por la “Doctrina de Protección Integral”, que conceptualiza al niño, niña o adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo, con ello se supera el viejo paradigma, al menos en lo formal y respecto de los Estados partes que suscribieron la CDN.¹⁶⁰

2.2.5. Principio de igualdad.

Es reconocido en la CDN en su artículo 2.1.: Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el

¹⁵⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [consulta en línea 24 de abril de 2017] [consulta: 24 de abril de 2017] 11 y 12p.

¹⁶⁰ LARUMBE CANALEJO, SILVIA. 2002. Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo, en Revista IIDH, núm. 36, julio-diciembre. http://www2.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_157895943/Revista%20IIDH%2036.pdf [consulta en línea 24 de abril de 2017] 251 y 252 p

color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Según Cillero, “los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla.”¹⁶¹

Asimismo los miembros de la Comisión de Derechos Humanos de Méjico, Luis Placencia y Ricardo Ortega, plantean una serie de aspectos que deben contemplarse en los procesos administrativos y judiciales donde participen niñas y niños, para que el sistema jurídico descansa sobre una base amplia de igualdad sustancial:¹⁶²

- a) Mecanismos que les permitan la mayor comprensión de los procedimientos en donde participan. Siguiendo la opinión del Comité en la Observación N°12, párrafos 20, 21, 25, 28 y 30.
- b) Autoridades especializadas que sean sensibles y comprensivas de la situación en que participan niñas y niños.
- c) Adecuación de procedimientos que tengan como eje fundamental el interés superior de la niña y el niño.

¹⁶¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma. 5p.

¹⁶² PLACENCIA, LUIS GONZÁLEZ Y ORTEGA SORIANO, RICARDO. 2013. El impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas y niños: una categoría de análisis propia desde una perspectiva de infancia. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS N°9, 2013. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27036/28634> [consulta en línea 10 abril 2017] 109p.

CAPITULO III

LA PROTECCIÓN DE DICHOS DERECHOS COMO DERECHO HUMANO DEL NIÑO.

3.1. Los derechos de los niños son derechos humanos en el Derecho Internacional.

La CDN fue la culminación de un proceso de reconocimiento de los derechos humanos de los niños, niñas o adolescentes, contenidos en diversas declaraciones internacionales, que si bien eran un adelanto no revisten el carácter de exigibilidad, tal como lo tiene la CDN respecto de todos los Estados Partes.

El artículo 1 de la CDN, dispone “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”¹⁶³

Si se adhiere a la concepción de que los niños, niñas y adolescentes son personas y como tales también debe reconocerse sus derechos humanos, resulta muy obvio que deben ser garantizados sus derechos, tal como le son resguardados a un adulto, más si nos situamos dentro de un sistema democrático.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, puntualiza en este sentido que “el hecho que un niño no tenga la capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o

¹⁶³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 25 abril 2017] 10p.

en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”.¹⁶⁴

Sin embargo, no es tan obvio, porque la infancia pertenece a aquellos grupos de personas cuya protección de los derechos se hace más dificultosa o a veces discriminatoria, en atención a las especiales calidades que ostentan, un niño no puede acceder fácilmente ante los mecanismos ordinarios de protección de derechos humanos y si lo hace será a través de un representante, dada su situación de incapacidad para ejercer sus derechos por sí mismos, es muy raro que interpongan solicitudes ante organismos nacionales o internacionales por sí mismos, por ello los Estados partes están obligados a promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.¹⁶⁵

Asimismo, lo señala la Corte en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, indicando que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”¹⁶⁶

En el mismo sentido dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos y establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (artículos 3 y 1.2 de la Convención Americana). En este sentido, no se debe confundir la capacidad de goce de derechos, inherente a la persona humana y que constituye una regla de ius cogens, con la incapacidad, relativa o absoluta, que

¹⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta en línea 25 de abril 2017] 41 párr., 57p.

¹⁶⁵ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma. 1p.

¹⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. 60 párr., 62p.

tienen los niños menores de 18 años de ejercer determinados derechos por sí mismos.¹⁶⁷

3.2. Posición del Comité de Derechos del Niño.

El Comité en su Observación N°7, sobre la Realización de los derechos del niño en la primera infancia, se refiere a los niños pequeños y sus derechos humanos, pero es aplicable a toda la infancia según el concepto que la CDN entrega en su artículo 1, en virtud de dicho artículo “los niños pequeños son beneficiarios de todos los derechos consagrados en la Convención. Tienen derecho a medidas especiales de protección y, de conformidad de sus capacidades de evolución, al ejercicio progresivo de sus derechos. Al Comité le preocupa que, en la aplicación de sus obligaciones en virtud de la Convención, los Estados Partes no hayan prestado atención suficiente a los niños pequeños en su condición de portadores de derechos, ni a las leyes, políticas y programas necesarios para hacer realidad sus derechos durante esa fase bien diferenciada de su infancia. El Comité reafirma que la Convención sobre los Derechos del Niño debe aplicarse en forma holística en la primera infancia, teniendo en cuenta los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.”¹⁶⁸

3.3. Situación en nuestro país, en relación al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República y obligación jurídica como Estado Parte.

El Estado de Chile suscribió la CDN el 26 de enero de 1990, recibió el instrumento de ratificación el 13 de agosto de 1990 y entró en vigencia el 12 de septiembre de 1990.

¹⁶⁷ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma. 7p.

¹⁶⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2005. Observación General N° 7, sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/07.pdf [consulta: 24 de abril de 2017] párr. 3, 2p.

Desde entonces, este tratado internacional se entiende incorporado al ordenamiento jurídico nacional y el Estado compromete su soberanía nacional.

Así lo dispone el Artículo 5° inciso 2° de la Constitución, “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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.”¹⁶⁹

En la práctica, esto significa que la CDN, como tratado internacional que versa sobre derechos humanos establece contenido normativo constitucional material que se entiende incorporado a nuestro ordenamiento. Asimismo implica que el Estado de Chile se sujeta al sistema internacional de protección de derechos humanos, que es subsidiario y complementario de los tribunales nacionales. Así el Estado de Chile queda sujeto a la supervisión y jurisdicción de los órganos que los tratados internacionales crean con esta finalidad, para determinar si el Estado de Chile falla un asunto ignorando o violando una disposición de un tratado aplicable a la materia, ejemplos de dichos órganos son el Comité de los Derechos del Niño, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derecho Humanos.¹⁷⁰

¹⁶⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1980. Constitución Política de la República de Chile. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [consulta en línea 25 de abril 2017]

¹⁷⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 1997. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Ius et Praxis N° 2. https://www.ucursos.cl/derecho/2010/1/D129A0314/3/material_docente/bajar?id_material=283275 [consulta en línea 24 de abril de 2017] 43p.

El marco que encierra los derechos que el Estado debe respetar, promover y garantizar está formado por el bloque de constitucionalidad y se relaciona directamente con el control de convencionalidad

Hay dos instituciones que son claves para hacer operativo el respeto de los derechos humanos en la legislación interna y que están estrechamente relacionadas, el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Siguiendo al autor Humberto Nogueira, “el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales en Chile está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al derecho Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes de derecho internacional, principalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹⁷¹ En resumen, la CDN como instrumento de derecho internacional también forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

Por tanto, el bloque de constitucionalidad está formado por¹⁷²:

- a) derechos que la carta fundamental reconoce, sin que éstos sea una numeración taxativa;

¹⁷¹ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 2015. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. Estudios constitucionales, 13(2). <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v13n2/art11.pdf> [consulta en línea 25 de abril 2017] 312p.

¹⁷² NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA. 2015. Bloque de constitucionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. Anuario de derechos Humanos, N°11-2015. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/37497/39173> [consulta en línea 25 de abril 2017] 158p.

- b) derechos que asegura le derecho internacional por medio de los principios de ius cogens;
- c) derechos que reconoce el derecho consuetudinario internacional;
- d) derechos reconocidos en el derecho internacional convencional de derechos humanos;
- e) derechos reconocidos por vía jurisprudencial, los que no han sido enumerados sino implícitos¹⁷³.

Ya tenemos el marco normativo aplicable, el cómo interpretar al caso concreto pertenece al área del control de convencionalidad, que emana de la obligación asumida por el Estado chileno respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos y consiste en el deber de los jueces y juezas, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y demás instrumentos del sistema americano.¹⁷⁴

La Corte Suprema también desarrolla los elementos que conforman el juicio de convencionalidad: “Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprende: a) Considerar todo el sistema de fuentes del derecho, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) Actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad del Estado, por lo cual corresponde desarrollarla de oficio dentro de sus competencias, en aspectos

¹⁷³ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 2015. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. Estudios constitucionales, 13(2). <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v13n2/art11.pdf> [consulta en línea 25 de abril 2017] 315p.

¹⁷⁴ NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA. 2015. Bloque de constitucionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. Anuario de derechos Humanos, N°11-2015. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/37497/39173> [consulta en línea 25 de abril 2017] 159p.

procesales y sustantivos, otorgándoles a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que no sea anulado por la aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los tribunales nacionales que son el garante natural, principal y primero que es llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario. Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1°, 8°, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, 2°, 5° y 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados Internacionales”.¹⁷⁵

Los primeros llamados a efectuar el control de convencionalidad en Chile son los tribunales, y específicamente en lo relacionado con las materias de familia en juicio se refiere la Magistrada de Familia Gloria Negroni, “la esencia del rol que cumplimos los jueces y otros operadores de justicia, se encuentra precisamente en la aplicación concreta de los derechos y libertades de que gozamos como personas humanas adultas o personas en desarrollo, en el caso de los niños, niñas o adolescentes. En primer término, considerar a todo ser humano como persona, implica el reconocimiento de su dignidad y por tanto de su autonomía para tomar las decisiones relativas a su vida, en el caso de los niños se trata de una progresiva, es decir, aquella que va en aumento en la medida que alcanza mayor grado de edad, madurez o capacidad para formarse un juicio propio. Lo anterior, en el marco del ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, las cuales se encuentran garantizadas por el bloque de constitucionalidad en un Estado democrático de derecho.”¹⁷⁶

¹⁷⁵ Sentencia Corte Suprema, 24 de febrero 2012.

¹⁷⁶ NEGRONI, GLORIA. 2011. Rol de los operadores del Derecho en la resolución de los conflictos jurídicos derivados de la crisis de la pareja. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho. 0(4). <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/article/viewFile/18714/28610>. [consulta en línea 29 de abril 2017] 149 y 150p.

Pues bien, la relación entre bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad también tiene aplicación respecto de la CDN, puesto que es un instrumento internacional de derechos humanos, vigente y ratificado por Chile.

Ahora, en concreto las normas de la CDN que obligan directamente a Chile como Estado Parte son las siguientes:

Artículo 2.1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad 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.¹⁷⁷

En cumplimiento del artículo 4 es que surge la obligación de adecuar el derecho positivo nacional conforme a los estándares internacionales establecidos en la CDN, en ese sentido, ejemplo de ello en nuestra legislación es la dictación de diversas leyes; Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia; Ley N° 19.620 sobre adopción; las modificaciones introducidas al Código Civil por la Ley N°20.680 y el proyecto de Ley que establece el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, boletín 10315-18.

Además, el Estado de Chile se encuentra obligado en virtud del artículo 44 de la CDN: “los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan

¹⁷⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 21 de enero 2017]

adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de estos derechos”.¹⁷⁸

3.4. Derecho del niño a ser oído, el debido proceso legal y la declaración de nulidad del procedimiento y la sentencia en la jurisprudencia nacional.

Esta materia es de especial relevancia, pues implica la posibilidad de alegar la nulidad del procedimiento y la sentencia o que derechamente éstas sean anuladas de oficio por los tribunales.

El derecho a ser oído y a que su opinión sea relevante y tomada en cuenta al momento de dictar sentencia, forma parte del debido proceso y el derecho esencial a la defensa, esta tesis no presenta discusión en la actualidad, ya que ha sido reconocida tanto en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos en distintos instrumentos internacionales y que dicen relación no sólo con que se brinde al niño, niña o adolescente, la posibilidad de ejercer el derecho a ser oído, sino que también con su idónea participación, en virtud de su especial calidad de sujeto de derecho, con la vulnerabilidad propia de la infancia.¹⁷⁹

Así lo disponen instrumentos internacionales, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para a determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ Ver los Informes de Chile ante el Comité en <http://unicef.cl/web/informes-de-chile-ante-el-comite/>

¹⁷⁹ XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. 2014. http://servicios.poderjudicial.cl/DAI/pdf/publicaciones/ninas_ninos.pdf [consulta en línea 29 de abril 2017]

¹⁸⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm [consulta en línea 7 de mayo 2017]

Asimismo la CDN en su artículo 40.2¹⁸¹, consagra expresa y taxativamente un conjunto de garantías que aseguran la vigencia del debido proceso respecto de niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes: a) presunción de inocencia; b) prueba legal como derecho a presentar pruebas para su defensa y a debatir las pruebas de cargo; c) atribución y notificación de cargos; d) derecho a la defensa jurídica u otra asistencia adecuada; e) órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial; f) resolución sin demora de la causa; g) audiencia equitativa en conformidad a la Ley; h) derecho a ofrecer testigos, solicitar que se interroguen y participar en su interrogatorio; i) derecho a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable; j) derecho a la revisión e impugnación de lo obrado ; k) derecho a que se respete su integridad e intimidad personal durante el procedimiento; l) derecho a que existan medidas alternativas a la internación durante el proceso; m) principio de la proporcionalidad de la reacción tanto respecto del delito como de las circunstancias del niño (principios reguladores de la sentencia); n) derecho a ser juzgados de acuerdo a leyes, procedimientos y autoridades aplicables específicamente a los niños que sean considerados, acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales¹⁸².

En materia de justicia penal adolescente, nuestro país para conformar el ordenamiento interno de acuerdo al estándar internacional de derechos humanos de la infancia, debió reformar el modelo desde el tutelar, teñido de inconstitucionalidad a un modelo de responsabilidad del adolescente, con fecha 7 de diciembre de 2005 se publicó la Ley N° 20.084, vigente desde el año 2007, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.

¹⁸¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 21 de enero 2017] 27p.

¹⁸² CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (2000). "Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la convención sobre los derechos del niño." Revista Justicia y Derechos del Niño – N°2, Unicef. http://www.unicef.cl/archivos_documento/69/Justicia%20y%20derechos%202.pdf [consulta en línea 28 de mayo de 2017] 127 y 128p.

Así se especializa la justicia penal de adolescentes, donde establece un sistema especial para conocer, juzgar y sancionar infracciones a la ley cometidas por adolescentes (personas entre los 14 y los 18 años incompletos). A quienes se les reconoce capacidad suficiente para responder de sus actos. En la aplicación de dicha ley, “las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que le son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.”¹⁸³ En esta materia, se comprende el derecho a defensa y a participar en el proceso debidamente representado por un profesional especializado, capacitado en la especial naturaleza de estos asuntos donde un adolescente resulte implicado.

También se ha pronunciado respecto al debido proceso, el Comité en su Observación General N°12, en el análisis del artículo 12 de la CDN, respecto a la frase “En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”, en el párrafo 38 de la Observación señala: La oportunidad de ser representado debe estar “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. No debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados Partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder al expediente propio. Asimismo, en su párrafo 39, dispone: cuando no se respete la reglamentación, la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa puede ser impugnada y podrá ser anulada, sustituida o remitida a un nuevo examen jurídico”¹⁸⁴.

La Corte Interamericana también se ha pronunciado en su Opinión Consultiva N°17, en su párrafo 116 donde señala el propósito de las reglas del debido proceso, que es salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones

¹⁸³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2005. Ley 20.084 establece Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Artículo 2 inciso 2°. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824#comité0> [consulta en línea 29 mayo 2017]

¹⁸⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 10 abril 2017] 13p.

por parte del Estado, la sociedad o la familia. Asimismo, en su párrafo 117, señala que las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a procedimientos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado o bien, que estén bajo la supervisión del mismo.

La Corte Interamericana señala en su párrafo 118, que “los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Asimismo, la Opinión Consultiva N° 17, en el punto 10 de sus conclusiones señala: “Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos”.¹⁸⁵

Dentro del debido proceso y relativo al derecho a ser oído, se vincula el derecho a defensa, en nuestro derecho puede ejercerse de forma directa por la parte, en caso que la ley lo autorice a comparecer sin patrocinio de abogado, los que son casos excepcionales, la regla general es la defensa letrada técnica o letrada. Tratándose de niños, niñas o adolescentes el derecho de defensa tiene una “doble dimensión, por una parte, el derecho personal del niño de ser escuchado y el deber del juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando se pueda ver afectado en sus

¹⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta en línea 28 marzo 2017]

derechos por medio de un pronunciamiento judicial.”¹⁸⁶ Sin olvidar, que el ejercicio de este derecho debe ser en consonancia con el principio de la autonomía progresiva.

Los tribunales chilenos están obligados a cumplir con esta garantía, en virtud de los diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en aplicación del artículo 5 de la Constitución Política de la República y asimismo la disposición constitucional expresa del artículo 19 n°3, por tanto, en el control de convencionalidad que desempeñan los tribunales superiores de justicia, se ha fallado declarando la nulidad tanto del procedimiento como de la sentencia, por haber faltado a las normas del debido proceso legal, a modo ejemplar se comentan tres fallos, los que se adjuntan íntegros en el anexo de este trabajo.

1.- Recurso de casación en el fondo Rol N°: 12057-2013, interpuesto ante la Corte Suprema, en contra de sentencia de Corte de Apelaciones de Arica.

En primera instancia se interpusieron acciones de impugnación y reclamación de paternidad, a la fecha de celebración de la audiencia de juicio, no se contó con la pericia de ADN decretada, tampoco pudo oírse a la menor por no haber sido llevada por las personas a su cargo, pese a ello se entregó el veredicto en la audiencia, desestimándose la demanda en todas sus partes.

La Corte de Apelaciones de Arica, 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.

La Corte Suprema, señala en su considerando “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

¹⁸⁶ VARGAS PAVEZ, MACARENA, & CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, vol.17, N°1. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> [consulta en línea 22 de enero 2017] 185p.

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, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade, que a tal fin se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Este derecho, plasmado de modo imperativo en la Convención indicada, ha sido recogido en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia como principio rector del contencioso de familia al disponer, en lo que interesa: “Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre en consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”.

Tan relevante y elemental resulta cumplir la exigencia indicada para la decisión de un conflicto de esta naturaleza, que el legislador no ha acotado el trámite de oír al menor a una oportunidad procesal fija y determinada, y/o a un número de audiencias reservadas también preestablecido, lo que facilita a los jueces enfrentados a alcanzar una decisión, el hacer uso de la facultad prevista en la parte final del artículo 27 de la Ley N° 19.968”.

Asimismo, en su considerando “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 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.

Por estos fundamentos, y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se invalida de oficio la sentencia de ocho de octubre de dos mil trece, y se retrotrae la causa en el estado en que la Corte de Apelaciones de Arica disponga, con citación y emplazamiento de las partes, los dos trámites o actuaciones esenciales omitidas, esto es, la comparecencia de la menor en la audiencia privada ante un Ministro no inhabilitado, y la incorporación al proceso, para su apreciación posterior, los resultados de las pericias de ADN aparejadas mediante la presentación de 11 de septiembre de 2013, que obra a fojas 30 de esta carpeta de antecedentes; debiendo posteriormente ese Tribunal de Alzada proceder a una nueva vista de la causa ante Tribunal no inhabilitado”.¹⁸⁷

Así la Corte Suprema, desestimó el recurso de casación interpuesto y se pronunció declarando la nulidad de oficio, aplicando directamente el artículo de la CDN y las normas de la Ley de Tribunales de Familia, señalando que el derecho del niño a ser oído integra el derecho al debido proceso.

2.- Recurso de casación en el fondo Rol N°: 124-2015, interpuesto ante la Corte Suprema, en contra de sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago.

El demandado de impugnación y reclamación de paternidad interpone recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado, que acogió la demanda y determinó la filiación no matrimonial del niño con respecto del demandante. La Corte Suprema actuando de oficio invalida el fallo impugnado y retrotrae la causa al estado previo a celebrar la audiencia de preparación de juicio, debiéndose en alguna de las etapas del proceso, conforme lo decida el juez no inhabilitado, escuchar directa y debidamente al niño.

Nuevamente la Corte Suprema en su considerando “Cuarto señala: Que, como se aprecia, y se viene diciendo, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído al niño P.A.N.G.D. 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

¹⁸⁷ CORTE SUPREMA. Fallo Causa Rol N°: 12057-2013. Revista de Derecho de Familia N° 2-2014, Ed. Legalpublishing. 439p.

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. Hace valer además el artículo 12 de la CDN y las disposiciones pertinentes de la Ley de Tribunales de Familia.

A su vez, señala en el considerando “Quinto: Que por otro lado, debe considerarse que conforme a la edad del niño, alrededor de 11 años, éste ya goza de un germen de autonomía, que conforme se va desarrollando, va progresivamente consolidándose, la cual debe ser apreciada por los sentenciadores, reafirmando que el deber de otorgar a éste la posibilidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de Santiago, de modo 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 en tales textos se contiene, no es taxativa”.

Se refiere a la debida defensa en su considerando “Sexto: Que en el caso de autos, por el contenido específico de la controversia y por la posición adoptada por la madre, el referido derecho a ser oído se extiende, obviamente, a la debida defensa, por lo cual la designación de su curador ad litem debió efectuarse antes de la audiencia preparatoria, para que en ésta actuara dicho curador premunido de los antecedentes pertinentes, entre los cuales está haberse entrevistado con el niño.

Por estos fundamentos, y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se invalida de oficio la sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil catorce, y se retrotrae la causa al estado previo a celebrar la audiencia de preparación del juicio a la cual deberá ser convocado el curador ad litem del niño debiéndose en alguna de las etapas del proceso, conforme lo decida el juez no inhabilitado, escuchar directa y debidamente al niño P.A.N.G.D.¹⁸⁸

¹⁸⁸ CORTE SUPREMA. Fallo Causa Rol N°: 124-2015. Revista de Derecho de Familia, Volumen IV, N° 8-2015, Ed. Legalpublishing. 220p.

Cabe destacar, que la Corte Suprema en esta sentencia, se refiere expresamente a una de las formas en que le niño puede ser oído, a través del curador ad litem, en este caso precisamente en virtud de la actitud de la madre que no asegura que el niño pueda manifestar su opinión en el asunto que atañe a sus intereses de forma directa. Por lo que el curador ad litem debe ser nombrado antes de la audiencia preparatoria, de lo contrario no puede entrevistarse con el niño o estar en condiciones de representar sus intereses en juicio, en consonancia con el estándar internacional en esta materia.

3.- Recurso de apelación, Rol N°: 670-2014, interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Concepción, en contra de sentencia de Juzgado de Familia de Concepción.

Se deduce recurso de apelación contra resolución que ordenó conceder por seis meses el cuidado personal al padre del niño, solicitando la madre que dicha resolución sea revocada y que se rechace el requerimiento de la medida de protección.

La recurrente sostiene que la juez del tribunal a quo, durante el desarrollo de la audiencia preparatoria de medida de protección, se negó a recibir la prueba documental ofrecida para acreditar los hechos relativos a la medida de protección discutida; que no dispuso la citación del menor nombrado a esa audiencia o a otra, quien en consecuencia no fue oído, teniendo la edad para ello; sino que a continuación dictó sentencia sin siquiera citar a audiencia de juicio.

La Corte de Apelaciones, invalidó de oficio la audiencia preparatoria, así como la sentencia definitiva, retrotrayéndose la tramitación del proceso al estado que se cite por el juez no inhabilitado que corresponda a una nueva audiencia preparatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley N° 19.968, la que llevarse a efecto con estricto apego a las normas de procedimiento aplicables¹⁸⁹.

En este caso, fue la Corte de Apelaciones de Concepción quien anula de oficio el procedimiento y la sentencia, en virtud de las facultades que le concede el Código de Procedimiento Civil.

¹⁸⁹ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Fallo Causa Rol N°: 670-2014. Revista de Derecho de Familia, Volumen II, N° 6-2014, Ed. Legalpublishing. 490p.

Las sentencias 1 y 2, son dictadas por la Corte Suprema, a propósito de la interposición de recurso de casación en el fondo por una de las partes; la sentencia 3 fue dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción pronunciándose ante la interposición de un recurso de apelación, sin embargo, los tribunales superiores ejerciendo su facultad legal, invalidan de oficio la sentencia y retrotraen el respectivo procedimiento, al momento en que la adolescente y los niños pudieron ser oídos, para que efectivamente ejerzan su derecho a ser escuchados en juicio.

Los fundamentos de derecho de dichas sentencias coinciden, la Convención sobre Derechos de los Niños y la Ley de Tribunales de Familia, pero lo que resulta más interesante es el reconocimiento y aplicación de principios como el interés superior del niño, el derecho a ser oído y que expresar su parecer, además de la autonomía progresiva donde según su evolución de facultades podrán ser oídos personalmente o a través de curador ad litem y que su infracción sea de tal entidad que el debido proceso se ve conculcado, puesto que el derecho del niño a ser oído es elevado a la categoría de trámite esencial, en razón de la enumeración no taxativa de los artículos 795 y 800 del Código de Procedimiento Civil, haciendo procedente la anulación de la sentencia dictada de oficio según artículo 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, éstos argumentos pueden resumirse en los siguientes:

- a) Las sentencias invalidadas se pronunciaron sin oír al niño, niña o adolescente en una materia de vital importancia para sus intereses.
- b) El derecho a ser oído integra el derecho de toda persona a un debido proceso, en el que se comprende precisamente el derecho de expresar su parecer.
- c) El niño, niña o adolescente tiene la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.
- d) El derecho a ser oído no es un trámite acotado a una oportunidad fija o determinada o a un número de audiencias reservadas preestablecido.

Por tanto, se aprecia una labor hermenéutica donde los tribunales superiores han interpretado los principios rectores de la CDN, e integran el derecho del niño a ser

oído como parte del concepto de debido proceso, lo que si bien no lo dispone la ley como tal de forma expresa, se encuentra en consonancia con los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que he analizado en este apartado, coincidiendo con la debida aplicación de control de convencionalidad de los tribunales nacionales.

Como el debido proceso fue infringido, al no cumplirse con el trámite esencial para la causa, el oír al niño, niña o adolescente, entonces cabe invalidar la sentencia y retrotraer la causa hasta el estado en el niño, niña o adolescente sea oído.

Cabe señalar, que estas sentencias y las causas en que recayeron son casos en que se declaró la nulidad, donde los niños, niñas o adolescentes no fueron oídos, pero también podría darse el caso que siendo escuchados, lo hayan sido con infracción a las reglas del debido proceso, si bien en nuestra legislación no existen normas expresas que determinen el procedimiento que debe seguirse al oír al niño, existen normas como el autoacordado que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en tribunales con competencia en materia de familia, n°237-2014, de la Corte Suprema, el Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, con sus reglas y consideraciones para el juzgador, de la XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, celebrada en Santiago de Chile el año 2014, y las normas internacionales que forman parte de nuestro sistema de derechos humanos como la Convención sobre Derechos del Niño y otros, que pueden ser tomados como parte de nuestro sistema de protección de los derechos de los niños y por tanto, y que las partes sostengan, que forman a lo menos una guía para que el derecho sea ejercido y que de no hacerlo de esa forma, se infringe el debido proceso, por tanto se debe invalidar y por lo tanto declarar nula la sentencia.

3.5. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.5.1. Caso Atala Riffo e Hijas contra Estado de Chile.

Este caso es un ejemplo de la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos a la cual el Estado de Chile adscribe, cuyo fallo hace efectiva su responsabilidad internacional.

El fundamento normativo es la ratificación del Estado de Chile, de fecha 10 de agosto de 1990, respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante la CADH.

Lo que significa que el Estado de Chile asume su obligación de cumplir con el control de convencionalidad en lo que respecta al respeto y garantía de los derechos asegurados por la CADH, por ello debe adecuar su ordenamiento jurídico interno y las actuaciones de autoridades y funcionarios, interpretar sus derechos conforme al artículo 29 de la Convención, reconocer a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el intérprete auténtico y final de la Convención, asimismo según el decreto N°873 de 5 de enero de 1991, reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, cuyos fallos tienen el carácter de cosa juzgada y las obligaciones que imponen son de resultado.¹⁹⁰

Es importante puntualizar que son los tribunales de cada Estado los que deben actuar como garantes en cada sistema de justicia, si bien estamos frente a un “sistema de protección multinivel de los derechos humanos y de un diálogo jurisprudencial entre las cortes nacionales y los tribunales internacionales de derechos humanos”¹⁹¹, el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no

¹⁹⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 2015. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios constitucionales*, 1, 3(2). <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v13n2/art11.pdf> [consulta en línea 25 de abril 2017] 317 y 318p.

¹⁹¹ NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA. Bloque de constitucionalidad en Chile y control de convencionalidad: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos*, N°11-2015.

es actuar como un tribunal de cuarta instancia, sino que su jurisdicción internacional tiene un carácter de subsidiario, coadyuvante y complementario.¹⁹²

La Corte Interamericana en su pronunciamiento de 27 de febrero de 2012, sostuvo que “corresponde a los Tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares”, además “no corresponde a este tribunal determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, pues ello se encuentra fuera del objeto del presente caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. Asimismo, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver respecto a la custodia de las tres niñas M., V. y R., por cuanto esto no es materia del presente caso”.¹⁹³

En este caso, por primera vez en un procedimiento contencioso internacional, se trató la cuestión de la participación y representación de los niños y niñas, además se trata de incumplimiento de control de convencionalidad, respecto del derecho de niños, niñas o adolescentes a ser oídos, al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 17/2002, párrafo 102 señala: “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 la ponderación se procurará, el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

En resumen, el caso Atala Riffo y Niñas, se inicia con la petición que presenta la Sra. Karen Atala Riffo ante la Comisión Interamericana, quien demanda al Estado de

<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/37497/39173> [consulta en línea 25 de abril 2017] 169p

¹⁹² VILLEGAS PIZARRO, MIRIAM. 2013. Cumplimiento de Sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento en Chile. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/829/Tesis-2014.pdf?sequence=1> [consulta en línea 30 de abril 2017] 203p

¹⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Párr n° 66.

Chile, con fecha 17 de diciembre de 2010. El caso plantea dos temas, una investigación disciplinaria en contra la Sra. Atala, quien fuese magistrado de un tribunal penal a la fecha de los hechos y el proceso judicial de tuición de las niñas López Atala.

Ésta última es la materia que nos interesa, puesto que entre otros, el derecho del niño a ser oído resultó conculcado, según el fallo de la Corte Interamericana.

El proceso ante tribunales nacionales fue iniciado el 14 de enero de 2003, ante el Juzgado de Menores de Villarrica, el padre de las niñas demandó de tuición alegando que “la madre no estaba capacitada para velar y cuidar de las tres niñas, dado su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaban produciendo consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores de edad, pues la madre no había demostrado interés alguno por velar y proteger el desarrollo integral de estas pequeñas”, aduce además otros argumentos fundados en la opción sexual de la madre. La madre contestó la demanda alegando que su identidad sexual no tiene nada que ver con su capacidad como madre y que incluso el Código Civil ni ley de menores consignan como causal de inhabilitación parental, tener una opción sexual distinta.

Durante los años en que se sustanciaron las distintas instancias del proceso, cuyo fallo final fue conceder la tuición de las niñas al padre en fallo de Corte Suprema el 31 de mayo de 2004, se impetraron todos los recursos por ambas partes a fin de obtener una decisión favorable, además de sucesivas apelaciones, órdenes de no innovar, quejas, recusaciones e inhabilidades.

Las niñas fueron oídas en primera instancia ante el Juzgado de Menores de Villarrica en audiencia confidencial, la que fue registrada y guardada en la caja fuerte del tribunal¹⁹⁴. La sentencia del tribunal de menores tomó en consideración lo expresado por las niñas, motivó su sentencia explicando que “las declaraciones hechas por las niñas no influenciaron su decisión dada su corta edad y la posibilidad de que sus opiniones hubieren sido afectadas por factores externos”, pero tomando

¹⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Párr n° 36.

en cuenta que el artículo 12 de la CDN no exige que se tome una decisión en consonancia con lo expresado por el niño, se cumplió con el estándar exigido por la CDN¹⁹⁵.

No sucedió lo mismo ante la Corte de Apelaciones de Temuco y Corte Suprema, último tribunal dictó la sentencia que finalmente resuelve el asunto. En la tramitación del procedimiento internacional, la Corte advirtió que “en ninguna parte del expediente había una manifestación precisa por parte de las niñas M., V. y R. respecto a si estaban de acuerdo con la representación que ejercía cualquiera de sus padres y de si debían ser consideradas como presuntas víctimas en el presente caso”¹⁹⁶, solo existían escritos de ambos padres señalando actuar en representación de las niñas, pero no necesariamente representaban sus intereses.

En concreto, la Corte concluye que la violación al derecho de las niñas a ser oídas fue por parte de la Corte Suprema, ya que “no había explicado en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal constató que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema 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 considera legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, teniendo 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. Por tanto, la Corte concluyó que la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta

¹⁹⁵ FLORES, ONA. 2013. Entrevista a Aoife Nolan: “Recientes avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales”. Anuario De Derechos Humanos, N°9. <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27046/28644> [consulta en línea 9 de abril 2017] 224p.

¹⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Op. Cit., Serie C No. 239, párr. 67.

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.”¹⁹⁷

La Corte Interamericana tomó una decisión sin precedentes y como medida para mejor resolver, envió personal de su Secretaría a Chile, para ofrecer a las tres niñas la oportunidad a las de ser oídas, “durante dicha diligencia, el personal de la Secretaría estuvo acompañado por la psiquiatra María Alicia Espinoza. Antes de realizar la diligencia, la delegación de la Secretaría de la Corte sostuvo una reunión previa con dicha psiquiatra, la cual consistió en un intercambio de ideas con el fin de garantizar que la información brindada fuera accesible y apropiada para las niñas. Teniendo en cuenta los estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a ser oídos, las niñas M. y R. fueron, en primer lugar, informadas de manera conjunta por el personal de la Secretaría sobre su derecho a ser oídas, los efectos o consecuencias que podrían producir sus opiniones dentro del proceso contencioso en el presente caso, la posición y los alegatos de las partes en el presente caso, y se les consultó si querían continuar participando en la diligencia. Posteriormente, en lugar de desarrollar un examen unilateral, se sostuvo una conversación con cada niña por separado, con el objetivo de brindar un ambiente propicio y de confianza a las niñas. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. Además, la diligencia realizada con las niñas fue privada en razón del pedido de confidencialidad de la identidad de las niñas que han realizado tanto la Comisión como los representantes en el presente caso [...] como por la necesidad de proteger el interés superior de las niñas y su derecho a la intimidad. Además, las niñas solicitaron expresamente que se mantuviera absoluta reserva de todo lo que manifestaran en la reunión”.¹⁹⁸

Respecto a lo resolutivo la Corte declaró, en resumen, la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación en perjuicio

¹⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 24 de febrero de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf [consulta en línea 7 de mayo 2017] 8p

¹⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Párr n° 67.

de Karen Atala Riffo y de sus hijas M., V. y R.; responsable por violación al derecho a la vida privada de Karen Atala; responsable por la violación de garantía judicial de imparcialidad respecto de la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala y en lo que respecta a este trabajo, en la letra e) de la sentencia declara que el Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1. De la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.¹⁹⁹

3.5.2. Caso Fornerón e Hija contra Argentina.

El señor Fornerón promovió este caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el contexto de la sentencia del tribunal nacional argentino que concede la adopción de su hija biológica M., sin su consentimiento, la falta de un régimen de visitas en su favor y una supuesta “venta” de la niña al matrimonio adoptante, respecto de la cual no existió investigación penal puesto que los hechos no configuraban una figura penal en el derecho argentino.

La niña M. nació el 16 de junio de 2000, su madre la entregó en guarda provisoria y con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores suplente de la ciudad de Victoria, dejando constancia en acta formal.

El Sr. Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo hasta avanzado éste, preguntó en reiteradas ocasiones a la madre respecto de su paternidad, pero le fue negada, sin embargo, un mes después del nacimiento de todas formas él la reconoció legalmente, al nacer se presentó ante la Defensoría y manifestó su voluntad de hacerse cargo de la niña.

El 17 de mayo de 2001, el juez de primera instancia concedió la guarda judicial al matrimonio B-Z, pese a la oposición del padre biológico (confirmado con examen de ADN). El Sr. Fornerón recurrió en contra de dicha sentencia, que fue revocada dos

¹⁹⁹ VILLEGAS PIZARRO, MIRIAM. 2013. Cumplimiento de Sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento en Chile. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/829/Tesis-2014.pdf?sequence=1> [consulta en línea 30 de abril 2017] 204 y 205p

años después, en contra de dicha sentencia el matrimonio B-Z recurrió de inaplicabilidad de ley y se confirmó la sentencia de primera instancia, otorgándoles la adopción simple el 23 de diciembre de 2005, el argumento principal es que atendida la demora en el trámite judicial de guarda, debe tomarse en consideración el interés superior de la niña quien ha vivido por más de tres años con el matrimonio B-Z.

El Sr. Fornerón promovió un juicio de visitas el 15 de noviembre de 2001, recién el 21 de octubre de 2005 se llevó a cabo el único encuentro del padre y su hija M., por 45 minutos.

La Corte Interamericana examinó las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño a la luz del corpus iuris internacional de protección de los niños y niñas, el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado²⁰⁰.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 27 de abril de 2012, declara internacionalmente responsable al Estado argentino, por la violación de los derechos a la protección judicial establecido en el artículo 25, en relación con el artículo 8.1, en cuanto a que las víctimas no tuvieron acceso a procedimientos judiciales sustentados dentro de un plazo razonable, con el cumplimiento de las debidas garantías judiciales, lo que impidió dar una adecuada protección a los derechos de la niña, establecidos en el artículo 19 de la CADH y al ejercicio del artículo 17 de la CADH relativo a la protección de la familia. Finalmente declara que el Estado incumplió con su obligación de adoptar disposiciones en el derecho interno, del artículo 2 de la CADH, en relación a los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de dicha convención, en perjuicio de la niña M. y su padre²⁰¹.

²⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 27 de abril de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf [consulta en línea 7 de mayo 2017] 3p

²⁰¹ Ibid. p 5.

En lo concreto, en ambos casos, Atala y Fornerón, los Estados incurrieron en responsabilidad internacional al infringir el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones en orden civil laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.”

CONCLUSIONES

En la evolución del Derecho de Familia, ya sea en el ámbito internacional como en el nacional, se sigue la tendencia de proteger los derechos del niño, niña o adolescente, desde su calidad como sujeto de derechos.

Como se aprecia en este trabajo, en cuanto al derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, nuestra legislación interna adopta esta tesis, tanto en lo sustancial, como en lo orgánico y de procedimiento.

Judicialmente, el niño, niña o adolescente no es parte, pero debe oírse toda vez que las decisiones y consecuencias del juicio le afectan directamente, por ejemplo, en procesos de protección, relación directa o regular o visitas, cuidado personal o tuición, adopciones, acciones de filiación y otras.

Esta posibilidad de ser escuchado, plantea interrogantes que deben considerarse para que el niño, niña o adolescente sea efectivamente escuchado siempre en consonancia con su interés superior, el cómo, dónde, por quién, cuándo y su efecto vinculante.

Hablamos de un derecho del niño, no un deber, por tanto, si el niño no quiere emitir su opinión, no es posible obligarlo, sin embargo, el juez puede y debe develar el motivo de esta negativa, los motivos podrían ser desde la sola voluntad del niño, como la influencia de sus padres o de terceros. Por otro lado, puede darse la situación de que el ejercicio de este derecho cause un menoscabo al niño o que sea abiertamente innecesario, en estos casos debe prevalecer el interés superior del niño, ante todo.

Respecto a la edad necesaria para que el niño sea oído o para que su opinión sea considerada, no es posible establecer una edad mínima o máxima, por cuanto un niño muy pequeño, aún puede formar un juicio propio. Es más, los niños pueden tener una evolución de sus facultades muy dispar, incluso comparando niños de la

misma edad, ya que, en virtud de su autonomía progresiva, esta madurez, es influenciada por múltiples factores, como son la educación formal que reciban, los padres y la estimulación que efectúen, incluso el medio social, cultural y étnico.

Por tanto, no debemos preguntarnos si es posible o no que niños pequeños emitan su opinión y ésta pueda ser considerada, sino el cómo escucharlos, ya que puede escucharse de forma verbal y no verbal. A corta edad, pueden emplearse recursos como el dibujo, los juegos, observancia de reacciones y los sentimientos manifestados.

Nuestro sistema judicial adolece de falencias de forma y fondo para enfrentar este desafío, las debilidades del sistema pasan por la poca preparación específica en esta materia por parte de abogados, jueces, consejeros técnicos y de la misma sociedad, donde aún existen resabios de la doctrina del menor como objeto de protección.

Sin embargo, es sumamente útil que a nivel de función jurisdiccional existan criterios o protocolos para oír al niño, niña o adolescente, destinados a asegurar el pleno y eficaz ejercicio de este derecho, y que tanto jueces, abogados y operadores no solo se ajusten a estos criterios por seguridad jurídica, sino que también sean delimitadas las condiciones que ellos deben cumplir para desempeñar su función en particular. Para ello contamos con el autoacordado de la Corte Suprema, N°237-2014, que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en tribunales con competencia en materia de familia y la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana de 2014 con su Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, ambos instrumentos parte de nuestro ordenamiento interno.

En cuanto al derecho del niño a ser oído, en su aspecto procesal, también ha experimentado avances en nuestra jurisprudencia, puesto que los tribunales superiores de justicia se han pronunciado en el sentido de sancionar con la nulidad del procedimiento y la sentencia, en aquellas causas donde se llegó a la sentencia

definitiva sin haber proporcionado al niño, niña o adolescente la posibilidad de expresar su opinión sobre un asunto que es de su interés y de ser tomado en consideración.

Y aún más allá, en el ámbito internacional, cabe destacar la categoría de derecho humano de este derecho a ser escuchado, su reconocimiento en instrumentos internacionales y la posibilidad de ser solicitada su protección ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El respeto al derecho del niño a ser oído es una materia donde queda mucho por hacer, porque no es una cuestión que se agote con la aplicación de la ley per se, sino que tiene que ver con personas, personas adultas y personas en formación, como lo son niños, niñas y adolescentes. Podemos adecuar nuestro derecho interno conforme al estándar internacional en materia de derechos humanos de los niños, podemos especializar la judicatura de familia durante la formación en la academia, y exigir lo propio para los operadores del derecho, pero donde termina la posibilidad de exigir cierta preparación o criterio es con los padres y adultos que tengan una relación de crianza con los niños, es ahí donde el Estado también debe apuntar a educar y aun así, dependeremos de la evolución del humano en sociedad, de aquel que no sólo respete la opinión del niño, sino de aquel que respete al adulto mayor, al animal de compañía, a todo ser indefenso o vulnerable. Cuando el ser humano sea capaz de identificar a otro y respetarlo desde una posición de humildad y servicio, y no desde la postura del falso poder que le da ser un adulto, podremos pensar que es posible que un niño, niña o adolescente pueda entregar toda su sabiduría desde la simplicidad, pueda ser educado en el amor respetuoso y finalmente convertirse en un adulto, que pueda entregar lo que recibió, a otro niño.

En el mes de marzo de este año, el biólogo y Premio Nacional de Ciencias don Humberto Maturana en una conferencia titulada “Amar, educa”, convocada por la Junji y que tuvo lugar en Chiguayante, afirmó: “Los niños, niñas y jóvenes se van a transformar con nosotros, con los mayores, con los que conviven, según sea la convivencia. El futuro de la humanidad no son los niños, somos los mayores con los que se transforman en la convivencia. Nosotros hoy somos el futuro de la

humanidad. Los niños se transforman con nosotros. Van a reflexionar, van a mentir, van a decir la verdad, van a estar atentos a lo que ocurre, van a ser tiernos, si nosotros los mayores, con los que conviven, decimos la verdad, no hacemos trampa, o somos tiernos. Por lo tanto, el enseñar, como parte de la convivencia, es indicar, apuntar la mirada, guiar la reflexión, pero en cualquier caso los niños se van a transformar con los mayores con los cuales conviven.

Cuando decimos que amar educa, lo que decimos es que al amar como espacio que acogemos al otro, que lo dejamos aparecer, en el que escuchamos lo que dice sin negarlo desde un prejuicio, supuesto, o teoría, se va a transformar en la educación que nosotros queremos. Como una persona que reflexiona, pregunta, que es autónoma, que decide por sí misma.”

Inicié este trabajo afirmando que los niños son el futuro, pero al terminar llegué a la conclusión que somos nosotros, los adultos, el futuro de la Humanidad, porque de nosotros depende que los niños con quienes nos relacionamos crezcan siendo fuertes desde el amor y no lleguen a ser adultos con un niño herido en su interior, que lleguen a un juicio de familia donde descarguen sus inseguridades y egoísmos, donde no solamente puede enfrentarse a su contraparte, muchas veces otro adulto con un niño interior herido, sino que también de este enfrentamiento salga herido o instrumentalizado un niño, que lo más probable, repita el patrón de conducta que observe de quienes son sus héroes y modelos a seguir.

Considero que es un criterio que no sólo se aplica a padres o adultos que estén a cargo de la crianza de un niño, niña o adolescente sino a todos los adultos que nos relacionemos con ellos, y sin duda a todos los operadores del derecho, especialmente abogados que en ejercicio de la profesión, quienes con el tiempo que lleven trabajando en casos de familia, no pierdan la humanidad y olviden que la opinión de un niño no es el factor decisivo para ganar un juicio, sino que puede representar la oportunidad que ese niño viva y se desarrolle de la mejor forma posible, en su situación familiar existente.

BIBLIOGRAFÍA.

XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2008. Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=34921&name=DLFE-2402.pdf [consulta en línea 7 de mayo 2017]

XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2014. Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=DLFE-6361.pdf [consulta en línea 7 de mayo 2017]

ALESSANDRI, MÓNICA Y LUPOLI MARÍA CLAUDIA. 2012. La garantía del debido proceso legal de las niñas, niños y adolescentes: un fallo innovador. Revista de Derecho de Familia N°1-2012, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. 2011. Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial. Santiago, Legal Publishing Chile.

BARRIENTOS, J. y NOVALES, A. 2006. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. 3ª ed. Santiago. LexisNexis.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1962. Ley de Menores N° 16.618. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28581> [consulta en línea 22 de enero 2017]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1969. Convención Americana de derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022> [consulta en línea 2 de abril 2017]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1999. Ley sobre adopción N° 19.620. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084> [consulta en línea 22 de enero 2017]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1980. Constitución Política de la República de Chile. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [consulta en línea 25 de abril 2017]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2004. Ley de Matrimonio Civil N° 19.947. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128#niño0> [consulta en línea 22 de enero 2017]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2004. Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557> [consulta en línea 14 de enero 2017]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2005. Ley 20.084 establece Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Artículo 2 inciso 2°. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824#comité0> [consulta en línea 29 mayo 2017]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2014. Historia de la Ley N° 19.968 crea los Tribunales de Familia. <http://www.bcn.cl/historiadela/nc/historia-de-la-ley/5746/> [consulta en línea 22 de enero 2017]

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. 2015. Proyecto de Ley Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, boletín 10315-18. https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10729&prmBL=10315-18 [consulta en línea 21 de marzo 2017]

CASTILLO OSTOS, IRMA. (s/f). El derecho del niño a ser oído y su relación con el sistema familiar en el derecho peruano. <http://www.afamse.org.ar/files/PERU-CASTILLO.pdf> [consulta en línea 22 de febrero 2017]

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (s/f). “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios.” <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf> [consulta en línea 28 de mayo de 2017]

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. (s/f). Seminario Internacional “Hacia un Estado garante de derechos para las niñas, niños y adolescentes”. Bases para el anteproyecto de ley de garantías de derechos de infancia. http://seminario.consejoinfancia.gob.cl/assets/download/Consejo_Nacional_de_la_Infancia_-_Miguel_Cillero.pdf [consulta en línea 28 de mayo de 2017]

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2003. “De la Tutela a las Garantías: Consideraciones sobre el Proceso Penal y la Justicia de Adolescentes.” Revista Justicia y Derechos del Niño – N°2, Unicef. http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Derechos2.pdf [consulta en línea 28 de mayo de 2017]

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2003. “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva.” Revista Justicia y Derechos del Niño – N°3, Unicef. http://www.unicef.cl/web/wpcontent/uploads/doc_wp/Justicia%20y%20derechos%203.pdf [consulta en línea 28 de mayo de 2017]

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2007. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Revista Justicia y Derechos del Niño – N°9, Unicef. https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justcia_y_derechos_9.pdf#page=125 [consulta en línea 28 de mayo de 2017]

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2005. Observación General N° 7, sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/07.pdf [consulta: 24 de abril de 2017]

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf [consulta en línea 15 de enero 2017]

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [consulta en línea 24 de abril de 2017]

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2016. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CR.C%2fC%2fPER%2fCO%2f4-5&Lang=en [consulta en línea 22 de febrero 2017]

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 2014. Fallo Causa Rol N°: 670-2014. Revista de Derecho de Familia, Volumen II, N° 6-2014, Ed. Legalpublishing.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [consulta en línea 25 de abril 2017]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf [consulta en línea 9 de mayo 2017] Párr. n° 66

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 24 de febrero de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf [consulta en línea 7 de mayo 2017]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 27 de abril de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf [consulta en línea 7 de mayo 2017]

CORTE SUPREMA DE CHILE. 2014. Autoacordado que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en tribunales con competencia en materia de familia, N°237-2014. <http://autoacordados.pjud.cl/> [consulta en línea 19 de marzo 2017]

CORTE SUPREMA. 2015. Fallo Causa Rol N°: 124-2015. Revista de Derecho de Familia, Volumen IV, N° 8-2015, Ed. Legalpublishing.

CORTE SUPREMA. 2014. Fallo Causa Rol N°: 12057-2013. Revista de Derecho de Familia N° 2-2014, Ed. Legalpublishing.

FLORES, ONA. 2013. Entrevista a Aoife Nolan: “Recientes avances en el reconocimiento del derecho del niño y niña a ser oídos en los procedimientos internacionales”. Anuario De Derechos Humanos, N°9. <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27046/28644> [consulta en línea 9 de abril 2017]

GARCÍA CÁRCAMO, PAULINA. Jueza titular del Primer Juzgado de Familia de Santiago y coordinadora de implementación de sala Gesell en tribunales de Familia. Conversatorio “La participación de los niños en los procesos de familia. El derecho a ser oído”. 27 octubre 2016, Programa de Estudios, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

GOBIERNO DEL PERÚ. 1993. Constitución Política del Perú. <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf> [consulta en línea 22 de febrero 2017]

GOBIERNO DEL PERÚ. 2000. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27.337. http://www.mimp.gob.pe/yachay/files/Ley_27337.pdf [consulta en línea 21 de febrero 2017]

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ. 2011. La relación directa y regular como efecto de la ruptura. Revista de Magíster y Doctorado en Derecho N°4-2011.

GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ. 2014. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680. Revista de Derecho de Familia N°1-2014, <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18712/28608> [consulta en línea 25 de abril 2017]

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. 2014. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. Revista Jurídica La Ley. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf> [consulta en línea 17 de febrero 2017]

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA Y MOLINA DE JUAN, MARIEL. 2015. La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/02/Doctrina2293pdf> [consulta en línea 20 de febrero 2017]

LARUMBE CANALEJO, SILVIA 2002. Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo., en Revista IIDH, núm. 36, julio-diciembre. http://www2.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_157895943/Revista%20IIDH%2036.pdf [consulta en línea 24 de abril de 2017]

LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2002. El derecho del niño a ser oído en el nuevo Derecho de Familia. Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2013. El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago, Legal Publishing Chile.

LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2013. Reforma a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. Revista de Derecho – Escuela de Postgrado N°3-2013. <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/126677>. [consulta en línea 24 de marzo de 2017]

LEPIN MOLINA, CRISTIAN. Conversatorio “La participación de los niños en los procesos de familia. El derecho a ser oído”. 27 octubre 2016, Programa de Estudios, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MAIDA S, ANA MARRGARITA, HERSKOVIC M, VIVIANA, & PRADO A, BERNARDITA. 2011. Síndrome de alienación parental. Revista chilena de pediatría, 82(6). <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v82n6/art02.pdf> [consulta en línea 19 de abril 2017]

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPORTES. Presidencia de la Nación. 2005. Ley sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes. N° 26.016. Argentina. <https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes> [consulta en línea 14 de febrero 2017]

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Presidencia de la Nación. 2014. Código Civil y Comercial Argentino. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta en línea 14 de febrero 2017]

NEGRONI, GLORIA. 2011. Rol de los operadores del Derecho en la resolución de los conflictos jurídicos derivados de la crisis de la pareja. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho. 0 (4). <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/article/viewFile/18714/28610> [consulta en línea 29 de abril 2017]

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 1997. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Ius et Praxis N° 2. https://www.ucursos.cl/derecho/2010/1/D129A0314/3/material_docente/bajar?id_material=283275 [consulta en línea 24 de abril de 2017]

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 2015. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. Estudios constitucionales, 13(2). <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v13n2/art11.pdf> [consulta en línea 25 de abril 2017]

NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA. 2015. Bloque de constitucionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. Anuario de derechos Humanos, N°11-2015. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/37497/39173> [consulta en línea 25 de abril 2017]

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm [consulta en línea 7 de mayo 2017]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos de los Niños. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [consulta en línea 14 de enero 2017]

PLACENCIA, LUIS GONZÁLEZ Y ORTEGA SORIANO, RICARDO. 2013. El impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas y niños: una

categoría de análisis propia desde una perspectiva de infancia. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS N°9, 2013. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27036/28634> [consulta en línea 10 abril 2017]

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 1998. LOPNA. www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id...pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 1999. Constitución. http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf [consulta en línea 7 de abril 2017]

RIVEROS, A., & CERDA SILVA, A. 2005. Juzgados de Familia y Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13262/13537> [consulta en línea 22 de enero 2017]

ROSELLO BRAJOVICH, MA. GABRIELA. 2013. La constitucionalización del derecho de familia. Revista de derecho de Familia N°61-2013, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

SALUM ALVARADO, ELENA; SALUM ALVARADO, SARA; SAAVEDRA ALVARADO, RICARDO. 2015. Derecho de los niños y niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Vol. 26-2015. <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8022/9049> [consulta en línea 21 de marzo 2017]

TAVIP, GABRIEL E. 2015. Los principios generales de la adopción en el nuevo código civil y comercial. Revista de Derecho de Familia N°69-2015, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2007. Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección. http://www.tsj.gob.ve/acuerdos/-/asset_publisher/7sHtLg0CqM7w/content/orientaciones-sobre-la-garantia-del-derecho-humano-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-a-opinar-y-a-ser-oidos-en-los-procedimientos-judiciales-ante-los- [consulta en línea 20 de febrero 2017]

UNICEF-CHILE 2017. <http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/> [consulta en línea 21 de enero 2017]

VALDEBENITO, CATERINE. 2013. Presencia de los niños y niñas en la mediación familiar en Chile. Revista RUMBOS TS, año VII, N° 7. <http://revistafacso.ucevalpo.cl/index.php/rumbos/article/view/58> [consulta en línea 22 de enero 2017]

VARGAS PAVEZ, MACARENA, & CORREA CAMUS, PAULA. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, vol.17, N°1. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> [consulta en línea 22 de enero 2017]

VIGO, FIORELLA C. 2016. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. [http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del-ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf) [consulta en línea 14 de febrero 2017]

VILLEGAS PIZARRO, MIRIAM. 2013. Cumplimiento de Sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento en Chile. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/829/Tesis-2014.pdf?sequence=1> [consulta en línea 30 de abril 2017]

ANEXO.

1. AUTOACORDADO QUE REGULA LA IMPLEMENTACIÓN Y USO DE UN ESPACIO ADECUADO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN TRIBUNALES CON COMPETENCIA EN MATERIA DE FAMILIA, N°237-2014. CORTE SUPREMA.

Artículo 1°.- Ámbito de aplicación. La presente regulación está destinada a ser aplicada por los jueces de tribunales con competencia en materia de familia, a fin de que dispongan medidas especiales para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en procesos judiciales. En el resguardo el ejercicio de este derecho, los jueces tendrán en especial consideración el respeto del derecho a la intimidad de niños, niñas y adolescentes, estableciendo criterios apropiados de reserva de la información y cadenas de custodia de los registros de las audiencias.

Artículo 2°.- Sala de Entrevista y su acondicionamiento. Para los fines indicados en el artículo anterior, en cada uno de los tribunales con competencia en materia de familia se implementará, en cuanto las circunstancias lo permitan, un espacio adecuado para entrevistar niños, niñas o adolescentes, acondicionado de un modo acogedor y adaptado a la persona del declarante. En aquellos tribunales con competencia en materia de familia en que sea factible, de acuerdo a un estudio detallado llevado a cabo por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, este objetivo se llevará a cabo a través de la implementación de una Sala Gesell. Esta estructura se compone de dos subdivisiones o espacios denominados sala de observación y sala de entrevista, los que se encuentran conectados por un espejo unidireccional, de manera de permitir que sólo las personas que se encuentren al interior de la sala de observación vean lo que ocurre en la sala de entrevista, viéndose desde la sala de entrevista nada más que un espejo. La sala de entrevista estará acondicionada de un modo acogedor y adecuado a la persona del declarante. La sala de observación deberá contar con un equipamiento de videograbación para el registro de la entrevista, y el contacto entre ambas salas se mantendrá a través de un intercomunicador.

Artículo 3°.- Alcance. Será el juez de la causa quien determine la pertinencia del uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oído de niños, niñas o adolescentes. Si las características del menor hicieren ver al juez la necesidad de encomendar el interrogatorio a una persona con destrezas especiales para ello, podrá designarla determinadamente. En este último caso, el juez deberá permanecer en la Sala o en algunas de sus subdivisiones, siempre en situación de percibir directamente por sus sentidos lo que ocurra en ella.

Artículo 4°.- Aspectos técnicos. La entrevista se desarrollará en cuatro fases:

i. Fase previa: Corresponde a la coordinación entre entrevistador y observantes, en la que se establecen los objetivos de la misma.

ii: Fase inicial: Corresponde a la etapa en que el niño, niña o adolescente conoce a su entrevistador, el contexto y motivo de la entrevista, y comienza el desarrollo de una relación idónea para el intercambio comunicativo. En ésta, se deberá realizar un encuadre adecuado y se deberá favorecer el establecimiento de rapport (Proceso que busca establecer una relación comunicacional fluida y efectiva. Dicha relación se logra a partir del acompañamiento, proceso de acercamiento en que se logra una sintonía entre el entrevistado-entrevistado.)

iii. Fase de desarrollo: Corresponde a la etapa en que el niño, niña o adolescente relata su situación personal y familiar. En esta fase el entrevistado podrá aclarar dudas o inquietudes y podrá reconocer que lo que ha señalado ha sido comprendido por su entrevistador y observantes.

iv. Fase de cierre: Corresponde a la última fase de la entrevista, momento en que la relación entre entrevistador y niño, niña o adolescente finaliza.

Artículo 5°.- Características de la sala de entrevista. En lo posible, el ambiente de la sala procurará ajustarse a los siguientes lineamientos:

- a) El color, decoración y mobiliario de la sala tenderá a generar un ambiente claro y sencillo. Podrá contener elementos comunes a los espacios para niños, niñas o adolescentes.
- b) La comunicación entre el entrevistador y el exterior de la sala de entrevista se realizará a través de medios tecnológicos como articulares o sonopronter evitando el quiebre del diálogo entre entrevistador y entrevistado.
- c) Deberá contarse con un registro audiovisual de la entrevista que permita respaldar lo señalado por el niño, niña o adolescente, y evitar la revictimización en otras instancias judiciales.

Artículo 6°.- Derechos y deberes en la entrevista de niños, niñas o adolescentes. El entrevistador tendrá el deber de garantizar los siguientes derechos del niño, niña o adolescente que se enfrente a una entrevista judicial:

- a) Ser informado respecto del carácter voluntario de la entrevista, dándole a conocer que ésta corresponde a un derecho y no a una obligación. De ello quedará constancia en el registro de audio.
- b) Ser informado sobre las características y objetivos de la sala de entrevista y, sobre la presencia de otras personas del otro lado del espejo unidireccional y sus identidades.
- c) Decidir si la entrevista ocurre en ese espacio o en un lugar diverso.
- d) Solicitar que se encienda la luz del área de observación durante todo o parte de la entrevista.
- e) Recibir información respecto de su situación y proceso judicial, de acuerdo a su grado de desarrollo evolutivo.
- f) Ser entrevistado en un lenguaje adecuado y sencillo, acorde a su edad y nivel sociocultural.

2. XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, celebrada en Santiago de Chile el año 2014, acordó el Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, 40 a 52p.

REGLAS Y CONSIDERACIONES PARA EL JUZGADOR.

1. Informar a las niñas, niños y adolescentes. Brindar información sobre el procedimiento judicial y su papel en el mismo, es un primer requisito para la participación idónea del niño, niña o adolescente, en la medida en que la anticipación de lo que ocurrirá disminuye el estrés. Las y los juzgadores deben informarle sobre: a) Su papel en el proceso judicial, la importancia de su participación, el momento y la manera de prestar testimonio y la forma en que participará durante la investigación y el juicio; b) Los mecanismos de apoyo a su disposición cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial; c) Las medidas de protección disponibles; d) Los mecanismos existentes para revisar las decisiones que afecten a niñas, niños o adolescentes; e) Sobre sus derechos de conformidad con la legislación nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; f) Las posibilidades que existan para obtener reparación por parte del delincuente o del Estado mediante el proceso de justicia, procedimientos civiles alternativos u otros procedimientos; g) La existencia y el funcionamiento de programas de justicia restaurativa; h) En casos de niños, niñas y adolescentes acusados de cometer conductas tipificadas como delitos, informarles de la evolución y estado de la causa en cuestión, incluidos datos sobre la captura y detención del acusado, su situación en cuanto a privación o no de libertad, así como cualquier cambio inminente de esa situación, la decisión de la fiscalía y la situación de interés que se produzca después del juicio y la resolución de la causa.

2. Asistencia al menor de edad. Durante la participación de la niña, niño o adolescente es muy importante brindarle asistencia, a fin de evitar, prevenir o mitigar las consecuencias del proceso en la medida de lo posible, favoreciendo su desarrollo. Para lograrlo existen tres formas de apoyo: asistencia legal, canalización con personal especializado y medidas especiales de asistencia. El Poder Judicial deberá asignar un abogado especializado de forma gratuita a todo niño, niña o adolescente a lo largo del proceso de justicia. En cuanto a la canalización con personal especializado, los niños y adolescentes, y cuando proceda sus familiares, deberán tener acceso a la asistencia de profesionales capacitados, lo que incluye servicios jurídicos, de orientación, de salud, sociales y educativos, de recuperación física y psicológica y demás servicios necesarios para la reinserción del niño. Toda asistencia de esta índole deberá atender las necesidades del niño. En tanto este tipo de servicios no puede ser proporcionado en los juzgados o tribunales, cuando la o el Juez o Magistrado constate la necesidad de cierto apoyo especializado para el niño, niña o el adolescente, deberá canalizar al menor con la instancia que se determine, a fin de brindar la atención que requiera para poder participar de manera efectiva en el proceso de justicia. En caso de que el profesional especializado en infancia que brindó la atención al niño concluya que éste requiere de tratamiento para poder participar en el juicio, el Juez o Magistrado deberá atender las recomendaciones que se señalen en aquella, incluyendo de ser el caso, posponer la declaración de la niña, el niño o el adolescente. Si a partir de la edad, grado de madurez, desarrollo o necesidades particulares de un niño o adolescente, que podrían incluir sin limitarse a ello la discapacidad (si la hubiera), el grupo étnico, la pobreza o el riesgo de victimización repetida, aquél requiere de medidas especiales de asistencia con el fin de prestar declaración o participar en el proceso de justicia, deberá canalizarse al menor con los profesionistas especializados que se requiera.

3. Verificación de que una persona de apoyo acompaña al menor de edad en el desarrollo de todas las diligencias que involucra el juicio. Durante el desarrollo del proceso judicial el niño o adolescente deberá estar acompañado, además de por sus padres o tutor y su abogado, por una persona

designada para prestarle asistencia. Antes de invitar a un niño a comparecer ante los tribunales, la o el Juez o Magistrado comprobará que el niño ya está recibiendo la asistencia de una persona de apoyo. Si aún no se ha designado una persona de apoyo, el Magistrado o Juez competente solicitará a la instancia que se determine el nombramiento de una persona de apoyo, consultándolo con el niño y sus padres o tutor. Asimismo, dará tiempo suficiente a la persona de apoyo para familiarizarse con el niño y con la causa. La o el Magistrado o Juez competente permitirá a la persona de apoyo que acompañe al niño durante toda su participación en el procedimiento judicial, con el fin de reducir el nivel de ansiedad o estrés.

4. Sobre el testimonio de la niña, el niño o el adolescente La relevancia del testimonio infantil en los asuntos que le competan, involucra la garantía de una serie de condiciones con la finalidad de evitar sufrimientos a los niños y de que éste se recoja de manera óptima. Medidas para facilitar el testimonio La o el Juez o Magistrado deberán adoptar y aplicar medidas para que a las niñas, niños y adolescentes les resulte más fácil participar en el juicio, tales como su canalización con profesionales especializados de diversas disciplinas que atiendan sus necesidades y permitir que personal de apoyo, incluidos especialistas y los familiares apropiados, acompañen al niño mientras presta testimonio.

Idioma e intérprete. El Juez y Magistrado deberá garantizar que la parte del procedimiento correspondiente a la prestación de testimonio de un niño se desarrolle en un lenguaje sencillo y comprensible. Si la niña, el niño o el adolescente necesitan servicios de interpretación a un idioma que pueda comprender, se proporcionará un intérprete de forma gratuita. Preparación del niño para participar sin temor En toda participación infantil dentro de un procedimiento judicial, deberá sostenerse una plática con el niño previa a la diligencia a desahogarse, en la cual se le explicará, de acuerdo a su edad y grado de desarrollo: - la naturaleza y el propósito de la diligencia en la que participará; - se le transmitirá que se encuentra en plena libertad de expresarse sin temor utilizando mensajes básicos que deben contemplar, por lo menos, la explicación detallada sobre la diligencia, la forma en la que se desarrollará, quienes estarán presentes y la función de cada uno, así como lo que deberá hacer el niño, explicitar la libertad del niño para decir que no entiende algo, así como su libertad para hablar o guardar silencio según sea su deseo. Cuando se trate de un niño, niña o adolescente víctima o testigo, o bien en un asunto de materia familiar, deberá transmitirle además mensajes que reconozcan su valor y credibilidad, mensajes desculpabilizantes, explicitar que la única expectativa que se espera de él es que exprese lo que sabe o ha vivido, que no hay respuestas correctas o incorrectas que se esperan de él, anticipar posibles temores comunes en los niños que participan en este tipo de diligencias y disipar cualquier temor a ser castigado por expresarse libremente. Debe propiciarse abiertamente que el niño, niña o adolescente puedan hacer preguntas o adicionar cualquier información que deseen expresar. La preparación del niño para participar sin temor debe suceder por lo menos un día previo al desahogo de la diligencia prevista. Cuando por razones inmodificables esta antelación sea imposible, deberá suceder inmediatamente antes del desahogo de la diligencia en cuestión.

La testificación. Ningún niño será obligado a testificar en el proceso de justicia contra su voluntad o sin el conocimiento de sus padres o tutor. Se pedirá a los padres o tutor que lo acompañen, salvo si éstos son los probables autores del delito cometido contra el niño o si la custodia o patria potestad es cuestionada; si el niño expresa preocupación respecto del hecho de estar acompañado por sus padres o tutor; o si el tribunal considera que el hecho de estar acompañado por sus padres o tutor es contrario al interés superior del niño o niña.

Exhorto de decir verdad. El Juez o Magistrado en conjunto con el personal especializado de apoyo se cerciorará de que el niño entienda y manifieste a su modo que se conduce o conducirá con la verdad. Ningún niño testigo será procesado por prestar falso testimonio.

Presencia de personal capacitado. Conforme a las reglas de cada procedimiento judicial, se procurará que en toda declaración, ampliación o plática sostenida con un niño se cuente con la presencia de personal capacitado en la atención especializada a niños. Las preguntas serán, previa calificación por el juez y el personal especializado, planteadas por quien tenga la especialidad en comunicarse con el niño e incluso por quien haya acogido su confianza. En el caso en que alguna de las partes deba

hacer preguntas al niño, éstas serán debidamente calificadas por el personal especializado fuera del alcance auditivo o visual del niño. Las demás personas que tengan derecho u obligación de estar presentes y conocer el desarrollo de la diligencia, lo harán a través de medios electrónicos sin estar presentes en la misma habitación que el niño. La declaración del niño se deberá tomar en un espacio privado en el que el niño no tenga contacto visual o auditivo con asuntos o personas ajenas a la diligencia que practica. Cuando el niño así lo desee, estará presente una persona de confianza elegida por él, pudiendo ésta no ser su representante legal. En estos casos dicha persona de confianza deberá abstenerse de intervenir de manera alguna en la diligencia. Requerimientos metodológicos. Independientemente de la metodología o modelo de intervención utilizada con el niño, ésta deberá ajustarse a los siguientes requisitos: a) Debe basarse en las características de desarrollo cognitivo, emocional y moral del niño; b) Debe permitir la narrativa libre por parte del niño como base para toda indagatoria con el niño; c) Debe contemplar la adecuada elaboración de preguntas para el esclarecimiento de lo narrado por el niño; d) Debe contemplar el uso adecuado de materiales de apoyo para la expresión del niño, y e) Debe contemplar estrategias para el manejo de la tensión y estrés en el niño, así como la detección y manejo de mecanismos de defensa psicológicos. Registro de la participación del niño. Toda actuación infantil deberá ser grabada en audio e imagen en su totalidad. La grabación deberá integrarse, ser transcrita y permanecer en el expediente de manera inmediata, así como extenderse copia al representante legal del niño o cuando así lo soliciten a las partes del proceso. La grabación de la participación del niño o niña deberá ser guardada en total confidencialidad. La presencia y uso de instrumentos de grabación no deben ser ocultados al niño, sino por el contrario, deben mostrarse y explicitar el motivo de su utilización. Valoración del dicho infantil. Toda valoración de una declaración infantil deberá ser hecha tomando en cuenta sus derechos y deberá considerar su grado de desarrollo, particularmente al momento de estudiar aparentes contradicciones en el mismo. La valoración del dicho de un niño, niña o adolescente deberá hacerse considerando los criterios de credibilidad establecidos. Dichos criterios deben orientar la valoración judicial, quien en el uso de su buen criterio deberá fundar y motivar su valoración en consideración de los mismos. Toda valoración de un dicho infantil deberá considerar las condiciones en las que fue tomada dicha declaración y su posible afectación sobre la actuación del niño.

5. Medidas de protección. De estimarse que la seguridad del niño, niña o adolescente está en riesgo deberán tomarse medidas de protección. La o el impartidor de justicia deberá disponer lo necesario con el fin de adoptar medidas para su protección, tales como: a. Evitar el contacto directo entre las niñas y niños y los acusados en todo momento del proceso de justicia; b. Solicitar órdenes de alejamiento del acusado al tribunal competente cuando esté presente el niño o la niña; c. Pedir al tribunal competente que ordene la prisión preventiva del acusado e imponga otras medidas cautelares; d. Solicitar al tribunal competente que ordene el arresto domiciliario del acusado; e. Solicitar que se conceda a las niñas, los niños o adolescentes cuya situación así lo requiera protección policial o de otros organismos pertinentes, y adoptar medidas para que no se revele su paradero. Ordenar la convivencia supervisada entre padres e hijos, y f. Solicitar a las autoridades competentes la adopción de otras medidas de protección que se estimen convenientes. 47

6. Privacidad. El Juez debe en la mayor medida posible resguardar la privacidad de toda participación infantil. Esta regla tiene dos implicaciones prácticas: el resguardo de la identidad del niño y la privacidad de las diligencias en las que se encuentra presente el niño. El Juez debe hacer el mayor esfuerzo por resguardar la identidad del niño ante cualquiera que no sea parte del asunto. En particular debe velar que la identidad del niño no sea hecha pública ante los medios de comunicación. El Juez deberá tomar todas las medidas necesarias para garantizar que el niño pueda desarrollar dicha actuación en privado. En orden preferencial una oficina o espacio cerrado será el lugar ideal para el desarrollo de toda diligencia infantil. En particular es importante que el niño no tenga a la vista personas ajenas al asunto o a quienes pueden intimidar o afectar su actuación. Asimismo, es necesario que el niño no escuche asuntos que no sean los que le afectan directamente y que no se sienta escuchado por ellos al hablar. Los únicos presentes en el desahogo de una actuación infantil deberán ser aquellos que por ley tienen derecho u obligación a estar presentes, siempre y cuando en todo momento se abstengan de hablar directamente al niño o afectar su comportamiento de cualquier manera. Estas personas podrán estar dentro del mismo espacio físico que el niño, pero deberán permanecer fuera de la vista del mismo. También podrá estar presente alguno de los tutores o

representantes legales del niño o si éste así lo prefiriere alguna persona de su confianza. Esta imposibilidad de contacto y participación también debe ser explicada al niño.

7. Medidas para proteger la intimidad y el bienestar de niñas, niños y adolescentes A petición del niño, sus padres o tutor, su abogado, la persona de apoyo, cualquier otra persona pertinente designada para prestar asistencia, o de oficio, el tribunal podrá dictar, teniendo en cuenta el interés superior del niño, medidas para proteger la intimidad y el bienestar físico y mental del niño o adolescente, y evitar todo sufrimiento injustificado y victimización secundaria. Algunas de las medidas que pueden ser impulsadas por los impartidores son: a. Suprimir de las actas del juicio todo nombre, dirección, lugar de trabajo, profesión o cualquier otra información que pudiera servir para identificar al menor; b. Prohibir al abogado defensor que revele la identidad del niño o divulgue cualquier otro material o información que pudiera conducir a su identificación; c. Ordenar la no divulgación de cualquier acta en que se identifique al niño, hasta que el tribunal lo considere oportuno; d. Asignar un seudónimo o un número al niño, en cuyo caso el nombre completo y la fecha de nacimiento del menor deberán revelarse al acusado en un período de tiempo razonable para la preparación de su defensa; e. Adoptar medidas para ocultar los rasgos o la descripción física del niño que preste testimonio como por ejemplo la declaración detrás de una pantalla opaca; utilizar medios de alteración de la imagen o de la voz; realizar el interrogatorio en otro lugar, transmitiéndolo a la sala de forma simultánea a través de un circuito cerrado de televisión; recibir el interrogatorio del niño mediante grabación en video antes de la celebración de la audiencia, dando al abogado del acusado la información para asistir a dicho interrogatorio y la oportunidad de interrogar al niño; y recibir el interrogatorio a través de un intermediario cualificado y adecuado, como, por ejemplo, un intérprete para niños con discapacidad auditiva, visual, del habla o de otro tipo, entre otros; f. Celebrar sesiones a puerta cerrada; g. Ordenar que el acusado abandone la sala temporalmente, si el niño se niega a prestar testimonio en su presencia o si las circunstancias son tales que podrían impedir al niño decir la verdad en presencia de esa persona. En tales casos, el abogado defensor permanecerá en la sala e interrogará al niño, quedando así garantizado el derecho al careo del acusado; h. Permitir supervisiones de las vistas durante el testimonio del niño; i. Programar las vistas a horas del día apropiadas para la edad y madurez del niño; j. Adoptar cualquier otra medida que el tribunal estime necesaria, incluido el anonimato, cuando proceda, teniendo en cuenta el interés superior del niño y los derechos del acusado.

8. Evitar el contacto con adultos que pueden influir en el comportamiento o estabilidad emocional del niño Otra de las consideraciones que debe tenerse presente cuando participan niños y adolescentes es la toma de medidas para que los interrogatorios no supongan para ellos un impacto emocional. En toda actuación infantil, el Magistrado o Juez deberá evitar que el niño tenga contacto con cualquier adulto que pueda alterar su integridad emocional y afectar su actuación en el juicio. Este resguardo debe contemplar tanto quienes están presentes en el momento del desarrollo de la diligencia, como a quienes el niño tiene a la vista o por quien el mismo se sabe visto. En los casos en que la persona que pudiera afectar la actuación del niño tenga derecho a estar presente en la diligencia judicial, se deberán utilizar medios electrónicos para el desarrollo de la misma, a efecto de que el menor de edad no tenga contacto visual o auditivo directo con aquella. Dicho contacto deberá evitarse tanto en el tránsito hacia la diligencia, como al momento de retirarse dentro del juzgado. El niño no deberá tener contacto auditivo o visual con asuntos ajenos al que le compete durante su estancia en el juzgado para efectos del desarrollo de una diligencia. Siempre que éstas existan, el Juez o Magistrado competente se asegurará de que las niñas, niños y adolescentes puedan esperar en salas adaptadas para ellos.

9. Espacios de espera y juzgados idóneos Los espacios físicos en los que se encuentra un niño, niña o adolescente son de suma importancia si se considera las características de la infancia y cómo aquellos le afectan. En efecto, lo que una persona menor de edad ve, escucha y el ambiente que le rodea lo afectan de manera determinante, generándole temores o angustias que le impiden participar en la diligencia o bien puede ayudarlo a calmarse y transmitirle la confianza necesaria para expresarse sin temor. Siendo así, garantizar un entorno adecuado para la niña, niño o adolescente que participará en una diligencia judicial supone considerar tres tipos de espacio: Por donde pasará al entrar o salir del juzgado; El de espera, y El de desahogo de la diligencia. En tanto cada uno de estos

espacios tiene un fin distinto, en cada uno deben tomarse en cuenta las siguientes particularidades. Sobre el espacio por donde pasará el niño, niña o adolescente es fundamental que éste no vea o escuche cosas que puedan causarle temor, no tener a la vista la rejilla de prácticas o personas privadas de la libertad, no tener contacto con el agresor o su familia, ni ser expuesto a ninguna agresión o acción intimidatoria. En relación al espacio de espera, y considerando que es en ese momento cuando puede incrementarse los temores o angustias de la persona menor de edad, es importante que sean espacios que le permitan distraerse, estando en calma, considerando aspectos como la privacidad, comodidad, limpieza y apacibilidad de los mismos. En estos espacios de manera espacial es importante que el niño o adolescente esté acompañado por la persona de confianza asignada por el juzgador, quien deberá apoyarlo a mantener la calma y a brindarle información útil sobre lo que sucederá. Sobre el espacio donde tendrá lugar la diligencia es importante que sea lo menos intimidante posible, se garantice la privacidad, que los elementos de registro de la diligencia sean visibles y hayan sido manejados con naturalidad y transparencia, sentarse al mismo nivel de niño como una medida muy concreta para eliminar formalismos y tener los materiales de apoyo para la narrativa infantil a la mano. Tomar las medidas que corresponda en aras de eliminar aquellos elementos a aspectos que visual o auditivamente puedan impactar al niño, niña o adolescente que acude al juzgado para una diligencia. Los espacios de espera utilizados por niñas y niños víctimas y testigos estarán separados de las salas de espera para los adultos testigos. Los espacios de espera que utilicen niñas, niños o adolescentes no deben ser accesibles a los acusados de haber cometido un delito penal, ni estarán a la vista de éstos. El Juez o Magistrado competente podrá, si procede, dictar que un niño espere en un lugar alejado del juzgado e invitar al niño a que comparezca cuando sea necesario. El Juez o Magistrado dará prioridad a oír la declaración de las niñas y los niños, con el fin de reducir al mínimo el tiempo de espera durante su comparecencia ante el tribunal. El Magistrado o Juez competente se asegurará de que en la sala de audiencias se disponga lo necesario para las niñas, los niños y los adolescentes tales como agua, asientos elevados, asistencia para niños con discapacidad, entre otros aspectos. La disposición de la sala debe permitir que el niño pueda sentarse cerca de sus padres o tutor, persona de apoyo o abogado durante todo el procedimiento.

10. Temporalidad y duración de la participación infantil. En toda actuación o diligencia que implique la participación de un niño, el Magistrado o Juez deberá tomar las medidas para que éstas duren lo menos posible. Se impedirán actuaciones ociosas en las que intervenga un niño o adolescente, solicitando a las partes que justifiquen debidamente la razón de la actuación de la persona menor de edad. En particular el Juez deberá velar por que las ampliaciones de declaraciones hechas por niños se desarrollen con el propósito de indagar información específica y adicional y no únicamente con la finalidad de agotar una actuación de manera rutinaria. El Juez deberá velar por que el niño se encuentre presente en el juzgado el menor tiempo posible para efectos de desahogar una diligencia. En particular deberá asegurarse que la participación del niño se desarrolle puntualmente a la hora en que fuera citado, que sea en un horario que no interfiera con necesidades básicas del niño (comer o dormir) y que el niño esté en plena libertad de retirarse en cuanto haya concluido su participación directa y personal en el asunto. Bajo ninguna circunstancia el niño deberá ser obligado a permanecer en el juzgado en espera del desahogo de otras diligencias en las que no intervenga que fueran programadas para ese mismo día y en ese mismo asunto. Para tal efecto, el Juez cuidará que la persona que ostenta la custodia del niño no tenga diligencias que desahogar en horarios que le impidan retirarse con el niño habiendo terminado éste su participación o que le requieran estar en el juzgado previamente a la participación del niño. Cuando la presencia de quien ostenta la custodia del niño sea requerida en el mismo día, el Juez deberá citarle con antelación necesaria y prevenirle que será necesario prever que otra persona pueda asumir el cuidado del niño para evitar que el mismo se encuentre presente en el juzgado. El Juzgador buscará que la primera declaración que desahogue en el desarrollo de la audiencia sea la de las personas menores de edad. En caso de que existan varios testigos menores de edad bajo ninguna circunstancia estarán junto con otros testigos adultos. En este supuesto estarán separados en un recinto aparte, con personal psicológico especializado en materia infantil.

11. Las periciales infantiles Sobre las pruebas periciales que se practiquen a niñas, niños o adolescentes, existen algunas directrices relacionadas con su registro, no repetición y valoración que deben considerarse.

Registro. El Juez que admita como prueba una pericial en psicología o psiquiatría practicada a una niña, niño o adolescente deberá solicitar que la misma se registre grabada en audio e imagen a fin de que pueda ser estudiada posteriormente, evitando en la medida de lo posible mayor involucramiento directo y personal por parte de aquellos y para que la valoración de la pericial en su momento abarque el desarrollo de la misma y no únicamente su resultado. La grabación deberá ser integrada, transcrita y permanecer en el expediente correspondiente.

Repetición. El Juez deberá evitar al máximo posible la repetición de periciales a las que es sometido un niño, niña o adolescente. Para tal efecto agotará la inspección de las grabaciones periciales por parte de expertos antes de ordenar una nueva pericial a ser practicada al niño.

Valoración. Se sugiere que el juzgador tome en consideración los siguientes parámetros metodológicos al momento de resolver lo conducente: a) Los conocimientos con los que cuenta el perito en infancia dentro de la materia de su pericia; b) Si el perito conoció el expediente del juicio y antecedentes generales del niño; c) Si se sostuvo una interacción previa con el niño para establecer un ambiente de confianza con el niño; d) Si contempla la narrativa libre del niño, anotando en la mayor medida posible el registro textual de lo dicho por el niño, y e) Si contiene los resultados de las pruebas aplicadas y no únicamente haciendo referencia a las conclusiones obtenidas a partir de las mismas. Las conclusiones deben basarse explícitamente en los hallazgos de las sesiones con el niño, haciendo referencia expresa a los mismos como sustento de lo concluido. Es decir, debe existir congruencia entre la metodología y las conclusiones. Dicho sustento deberá explicitar cuando la información fue obtenida de fuentes diversas al niño como información sobre su comportamiento (pesadillas, incontinencia urinaria, etc.) aportados por familiares u otros adultos cercanos al niño.

3. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

3.1. FALLO 1. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.

DERECHO A SER OÍDO INTEGRA EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. POSIBILIDAD U OPORTUNIDAD DEL MENOR DE SER OÍDO EN LA SUSTANCIACIÓN DE UN PROCESO EN QUE SE PRETENDE DETERMINAR SU IDENTIDAD CONSTITUYE UN TRÁMITE ESENCIAL. MEDIOS DE PRUEBA PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN. TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA NO PUEDE DESESTIMAR INCORPORAR RESULTADOS DE LA PERICIA DE ADN QUE HABÍA SIDO PRACTICADA EN PRIMERA INSTANCIA.

Hechos.

Demandante interpone recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado, que rechazó las acciones de impugnación y reclamación de paternidad deducidas por su parte. La Corte Suprema, actuando de oficio, invalida el fallo impugnado y retrotrae la causa al estado en que la Corte de Apelaciones disponga los dos trámites o actuaciones esenciales omitidas.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

Tipo: Recurso de casación en el fondo (anulación de oficio).

Rol N°: 12057-2013, de 26 de febrero de 2014.

Partes: Pedro Henríquez Álvarez con Luis Robledo Alcayaga y otra.

Ministros: Sr. Guillermo Silva Gunderlach, Sra. Rosa Egnem Saldías, Sr. Lamberto Cisternas Rocha, Sr. Ricardo Blanco Herrera y Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz.

Doctrina.

- I. 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, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade, que señala que a tal fin se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. Este derecho, plasmado de modo imperativo en la Convención indicada, ha sido recogido en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia como principio rector del contencioso de familia al disponer, en lo que interesa: "Esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento...". Tan relevante y elemental resulta cumplir al exigencia indicada para la resolución de un conflicto de esta naturaleza, que el legislador no ha acotado el trámite de oír al menor a una oportunidad procesal fija y determinada, y/o a un número de audiencias reservadas también preestablecido, lo que facilita a los jueces enfrentados a alcanzar una

decisión, el hacer uso de la facultad revista en la parte final del artículo 27 de la Ley N° 19.968 (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

El deber de otorgar al menor la posibilidad y 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 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 tramites y diligencia esenciales en segunda instancia, al igual que Corte Suprema).

- II. En una situación como la de la especie, cabe destacar que, además, de consignar, también expresamente, el artículo 198 del Código Civil que las pruebas para determinar la filiación pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte, la norma del artículo 199 del mismo Código impone al juez, en su inciso tercero, la obligación de recabar “por la vía más expedita posible antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informadas al tribunal”. En las circunstancias descritas, no cabe sino concluir que no pudo desestimarse por el tribunal de segunda instancia el incorporar – para apreciar en su oportunidad –, los resultados de la pericia de ADN que ya había sido practicada durante la sustanciación del proceso en primera instancia, antecedente de indiscutible relevancia toda vez que se trataba precisamente de contraponer los resultados, con la alegación de posesión notoria de estado civil. El yerro recién anotado deberá ser también corregido de oficio por esta Corte (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Arts. 198 y 199 del CC; 768 N°9, 795 y 800 del CPC; 16 y 27 de la Ley N°19.968.

CORTE SUPREMA.

Santiago, veintisiete de febrero de dos mil catorce.

VISTOS:

En los autos RIT: C-2749-2012, RUC 12-2-0441542-9, del Juzgado de Familia de Arica don Pedro Alex Henríquez Álvarez dedujo conjuntamente las acciones de impugnación y reclamación de paternidad en relación a la menor Y.N.R.C. en contra de don Luis Enrique Robledo Alcayaga, en contra de la misma menor representada por su madre doña Ingrid Cortés Cortés y en contra de ésta última, para que se declare que la niña carece del vínculo filial de hija matrimonial del demandado señor Robledo Alcayaga, y que en cambio, es hija de filiación no matrimonial del demandante.

El tribunal de primera instancia por sentencia de 30 de marzo de 2013, rechazó sendas acciones deducidas por el actor don Pedro Alex Henríquez Álvarez.

Se alzó el demandante y la Corte de Apelaciones de Arica mediante resolución de 8 de octubre de 2013 confirmó la sentencia apelada.

En contra de ésta última decisión la actora dedujo recurso de casación en el fondo para obtener la anulación del fallo impugnado y la dictación de sentencia de reemplazo por la que se acoja la demanda impetrada, en todas sus partes. Se dispuso traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

Primero: Que con arreglo a lo previsto por el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil y en uso de la facultad allí conferida, se ha considerado necesario examinar si en la dictación de la sentencia atacada se evidenciaron vicios o defectos formales que autorizan la casación en la forma de oficio, debiendo haberse oído a los abogados que concurrieron a estrados, lo que no fue posible por constatarse la necesidad de este examen en el estado de acuerdo. Lo anterior significa, comprobar si en la especie se ha dado o no cumplimiento a los presupuestos generales de un debido proceso y si,

en lo particular, se han cumplido las exigencias indispensables que previene el contencioso de familia, de innegable interés público atendida la conceptualización que la Constitución Política de la República contiene de la familia al designarla como el “núcleo fundamental de la sociedad”. Es en este contexto que la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia ha incorporado principios del proceso y del procedimiento que permiten decidir los conflictos con el mayor y más eficiente acopio de antecedentes, dotando a los jueces de importantes prerrogativas, como la mayor amplitud y cobertura en actuaciones de oficio, corrección del procedimiento, disponiendo de iniciativa probatoria, todo ello en el marco de normas dotadas de flexibilidad como lo evidencia el principio de desformalización (artículo 9°), en tanto se ha puesto la mira en la satisfacción de derroteros de mayor entidad, como ocurre con el principio de interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a ser oído, lo que justifica la posibilidad abierta para allegar la pruebas necesarias para la decisión.

Segundo: Que, conforme a lo establecido por el artículo 768 N°9 del Código de Procedimiento Civil, es causal de nulidad formal el haberse faltado a un trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

Tercero: 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 Luis Enrique Robledo Alcayaga 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 al 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 Pedro Alex Henríquez Álvarez, y del Servicio Médico Legal de Rancagua de los demandados señor Luis Enrique Robledo Alcayaga, señora Ingrid Margarita Cortés Cortés 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 intermediación 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.

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, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade, que a tal fin se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Este derecho, plasmado de modo imperativo en la Convención indicada, ha sido recogido en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre tribunales de Familia como principio rector del contencioso de familia al disponer, en lo que interesa: “Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre en consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”.

Tan relevante y elemental resulta cumplir la exigencia indicada para la decisión de un conflicto de esta naturaleza, que el legislador no ha acotado el trámite de oír al menor a una oportunidad procesal fija y determinada, y/o a un número de audiencias reservadas también preestablecido, lo que facilita a los jueces enfrentados a alcanzar una decisión, el hacer uso de la facultad prevista en la parte final del artículo 27 de la Ley N° 19.968.

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 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.

Sexto: Que si bien la omisión recién anotada es suficiente para la invalidación de oficio del fallo atacado, preciso resulta, además, reiterar que se está en presencia de un conflicto en que se juega la determinación de la identidad de una menor, razón por la cual el contencioso familiar está dotado de normas especiales de procedimientos consagradas, entre otros, en los textos de los artículos 13, 16, 25, 27, y 29 de la Ley N° 19.968, dando cuenta la última disposición citada de la amplitud de que se dotó a la facultad del juez para disponer pruebas de oficio; todo lo cual debe utilizarse en la decisión de tal conflicto.

Particularmente, en una situación como la de la especie, cabe destacar que, además, de consignar, también expresamente, el artículo 198 del Código Civil que las pruebas para determinar la filiación pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte, la norma del artículo 199 del mismo Código impone al juez, en su inciso tercero, la obligación de recabar “por la vía más expedita posible antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informadas al tribunal”. En las circunstancias descritas, no cabe sino concluir que no pudo desestimarse por el

tribunal de segunda instancia el incorporar – para apreciar en su oportunidad -, los resultados de la pericia de ADN que ya había sido practicada durante la sustanciación del proceso en primera instancia, antecedente de indiscutible relevancia toda vez que se trataba precisamente de contraponer esos resultados, con la alegación de posesión notoria de estado civil. El yerro recién anotado deberá ser también corregido de oficio por esta Corte.

Por estos fundamentos, y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se invalida de oficio la sentencia de ocho de octubre de dos mil trece, y se retrotrae la causa en el estado en que la Corte de Apelaciones de Arica disponga, con citación y emplazamiento de las partes, los dos trámites o actuaciones esenciales omitidas, esto es, la comparecencia de la menor en la audiencia privada ante un Ministro no inhabilitado, y la incorporación al proceso, para su apreciación posterior, los resultados de las pericias de ADN aparejadas mediante la presentación de 11 de septiembre de 2013, que obra a fojas 30 de esta carpeta de antecedentes; debiendo posteriormente ese Tribunal de Alzada proceder a una nueva vista de la causa ante Tribunal no inhabilitado.

Atendido lo precedentemente resuelto se omite pronunciamiento en relación al recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante.

Redacción de la Ministro, señora Rosa Egnem Saldías.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Pronunciado por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa Egnem S., Sres. Lamberto Cisternas R., Ricardo Blanco H. y Sra. Gloria Ana Chevesich R.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

Rol N° 12057-2013.

Revista de Derecho de Familia N° 2-2014, p 439, Ed. Legalpublishing.

3.2 FALLO 2. IMPUGNACIÓN Y RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD.

DERECHO A SER OÍDO INTEGRA EL DE TODA PERSONA A UN DEBIDO PROCESO. DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO ES UN PRINCIPIO QUE DEBE SER CONSIDERADO DE MANERA PRIVILEGIADA Y PRINCIPAL. EJERCICIO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL MENOR. DEBER DE OTORGAR AL MENOR LA POSIBILIDAD DE SER OÍDO EN LA SUSTANCIACIÓN DE UN PROCESO EN QUE SE PRETENDE DETERMINAR SU IDENTIDAD, CONSTITUYE UN TRÁMITE ESENCIAL.

HECHOS.

Demandado interpone recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado, que acogió la demanda y determinó la filiación no matrimonial del niño con respecto del demandante. La Corte Suprema actuando de oficio invalida le fallo impugnado y retrotrae la causa al estado previo a celebrar la audiencia de preparación de juicio, debiéndose en alguna de las etapas del proceso, conforme lo decida el juez no inhabilitado, escuchar directa y debidamente al niño.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

Tipo: Recurso de casación en la forma y en el fondo (anula de oficio).

Rol: 124-2015, de 18 de agosto de 2015.

Ministros: Sr. Juan Fuentes B., Lamberto Cisternas R., Carlos Cerda F., Abogados Integrantes Carlos Pizarro W., Leonor Etcheberry C.

Doctrina:

I. La sentencia impugnada se dictó sin haberse oído al niño, 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 pretende 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, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade, que a tal fin se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. Este derecho, plasmado en modo imperativo en la Convención indicada, ha sido recogido en el artículo 16 de la ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia como principio rector del contencioso de familia al disponer, en lo que interesa: “Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento...” (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

II. Por otro lado, debe considerarse que conforme a la edad del niño, alrededor de los 11 años, éste ya goza de un germen de autonomía, que conforme se va desarrollando, va progresivamente consolidándose, la cual debe ser apreciada por los sentenciadores, reafirmando que el deber de otorgar a éste la posibilidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de Santiago, 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 (considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema).

NORMA RELEVANTE CITADA: Artículo 16 de la Ley N° 19.968; 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 768 N°9 del Código de Procedimiento Civil.

CORTE SUPREMA:

Santiago, dieciocho de agosto de dos mil quince.

Vistos:

En los autos RIT C-721-2014 RUC 1420051749-1, del Primer Juzgado de Familia de Santiago don R.G.E.M. dedujo conjuntamente las acciones de impugnación y de reclamación de paternidad en relación al niño P.A.N.G.D., en contra de su padre legal don J.P.G.C. y en contra del mismo menor representado por su madre doña K.G.D.G., para que se declare que el niño es hijo del demandante.

El tribunal de primera instancia por sentencia de ocho de julio de dos mil catorce, acogió la demanda determinando la filiación no matrimonial del niño con respecto a su padre, el demandante de autos don R.G.E.M.

Se alzó el demandado don J.P.G.C. mediante recurso de casación en la forma y apelación en subsidio y la Corte de Apelaciones de Santiago mediante resolución de 27 de noviembre de dos mil catorce, desestimó el recurso de nulidad formal por improcedente y confirmó la sentencia apelada.

En contra de ésta última decisión el demandado don J.P.G.C. dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, declarándose inadmisibles el primero y se dispuso traer los autos en relación respecto del segundo, escuchándose los alegatos efectuados en estrados.

CONSIDERANDO:

Primero: Que como primera cuestión y conforme con lo dispuesto en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil y en uso de la facultad allí conferida, se hace menester el examen de si en la dictación de la sentencia atacada se evidenciaron vicios o defectos formales que autorizan la casación en la forma de oficio, conforme fue expuesto en estrados, al manifestarse la omisión de diligencias esenciales cuyo incumplimiento apareja una conculcación a las exigencias del debido proceso, situación que se hace más delicada atendida la naturaleza de estos antecedentes, que no sólo se enmarcan en un proceso de familia, situación que debe ser especialmente vigilada, sino que además, se desenvuelve a propósito de la paternidad de un niño, lo que implica eventuales afectaciones a sus derechos fundamentales, como el de la identidad, como el de ser oído y el del interés superior.

Segundo: Que, conforme a lo establecido por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, es causal de nulidad formal el haberse faltado a un trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

Tercero: Que, en concordancia con lo expuesto cabe señalar que consta del mérito de estos autos que se ha omitido escuchar la opinión del niño – nacido el año 2004 – acerca de su parecer respecto de la acción deducida en autos, situación que fue advertida por el señor Fiscal que informó a propósito de la apelación de la sentencia de primer grado, no obstante ello, la decisión de la mayoría que por esta vía se impugna, soslayó dicha situación.

Cuarto: Que, como se aprecia, y se viene diciendo, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído al niño P.A.N.G.D. 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, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade, que a tal fin se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Este derecho, plasmado de modo imperativo en la Convención indicada, ha sido recogido en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia como principio rector del contencioso de familia al disponer, en lo que le interesa: “Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son que los principios basales juzgaron que actúen en materia de familia deben siempre considerar de materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento...”.

Quinto: Que por otro lado, debe considerarse que conforme a la edad del niño, alrededor de 11 años, éste ya goza de un germen de autonomía, que conforme se va desarrollando, va progresivamente consolidándose, la cual debe ser apreciada por los sentenciadores, reafirmando que el deber de otorgar a éste la posibilidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de Santiago, de modo 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 en tales textos se contiene, no es taxativa.

Sexto: Que en el caso de autos, por el contenido específico de la controversia y por la posición adoptada por la madre, el referido derecho a ser oído se extiende, obviamente, a la debida defensa, por lo cual la designación de su curador ad litem debió efectuarse antes de la audiencia preparatoria,

para que en ésta actuara dicho curador premunido de los antecedentes pertinentes, entre los cuales está haberse entrevistado con el niño.

Séptimo: Que en todo lo dicho fluye con claridad que en la alzada se infringió la debida tramitación al desestimarse por improcedente la casación en la forma basada en similares fundamentos a los que justifican ahora la actuación de oficio de esta Corte, en circunstancias que la ley especial consagra expresamente esa posibilidad recursiva.

Por estos fundamentos, y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se invalida de oficio la sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil catorce, y se retrotrae la causa al estado previo a celebrar la audiencia de preparación del juicio a la cual deberá ser convocado el curador ad litem del niño debiéndose en alguna de las etapas del proceso, conforme lo decida el juez no inhabilitado, escuchar directa y debidamente al niño P.A.N.G.D.

Atendida la vía procesal escogida y lo precedentemente resuelto se omite el pronunciamiento en relación al recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada a fojas 50.

Regístrese y devuélvase con sus agregados. Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Juan Fuentes B., Lamberto Cisternas R., Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes señor Carlos Pizarro W., y señora Leonor Etcheberry C.

Rol N° 124-2015.

Revista de Derecho de Familia, Volumen IV, 2015, N°8, p 220.

3.3. FALLO 3. DERECHO A SER OÍDO.

SE DEBE INVALIDAR DE OFICIO SENTENCIA QUE HA INFRINGIDO LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA, Y QUE NO HA DADO CUMPLIMIENTO A PRINCIPIOS DE COLABORACIÓN; DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU DERECHO A SER OÍDO.

Hechos.

Se deduce recurso de apelación contra resolución que ordenó conceder por seis meses el cuidado personal al padre del niño, solicitando la madre que dicha resolución sea revocada y que se rechace el requerimiento de la medida de protección. Analizado lo expuesto, la Corte advierte graves infracciones procedimentales, por lo que anula de oficio la audiencia preparatoria celebrada, así como la sentencia dictada en ella, retrotrayendo el estado de la causa.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

Tipo: Recurso de Apelación (anula de oficio).

Tribunal: Corte de Apelaciones de Concepción.

Rol N°: 670-2014, de 16 de abril de 2015.

Ministros: Sr. Renato Campos G., Sr. César Panés R., y Abogado Integrante Sr. Hugo Tapia E.

Doctrina.

Tratándose de la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, el tribunal fijará una audiencia a la que citará al menor, a sus padres y demás personas que indica el artículo 72 de la Ley de Tribunales de Familia, debiendo durante dicha audiencia el juez informar a las partes acerca de sus derechos y deberes así como responder sus dudas e inquietudes. En autos, la audiencia a la que viene haciendo referencia, que es la preparatoria, se llevó a efecto sin la presencia del niño.

Tampoco, el juez le permitió a la madre ofrecer la prueba documental que pretendía ni menos rendirla en su oportunidad, quedando dicha parte en una situación de evidente indefensión. En estas condiciones anómalas, el juez procedió acto seguido a dictar sentencia definitiva y, por lo mismo, tampoco fue posible la realización de la audiencia de juicio. A lo anteriormente señalado, cabe agregar que antes de dictarse sentencia en un procedimiento de protección como el que se revisa, conforme a lo establecido en el artículo 75 de la Ley de Tribunales de Familia, es obligación del juez procurar que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, lo que tampoco aparece cumplido en la audiencia realizada. Así las cosas, se observa que se han infringido claras reglas de procedimiento en la tramitación de esta causa, así como tampoco se ha dado cumplimiento a principios fundamentales que deben aplicar siempre los juzgados de familia, como son los de colaboración; del interés superior del niño y el derecho a ser oído. (Considerandos 3° a 6° de la Corte de Apelaciones).

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 72 y 75 de la Ley N° 19.968.

CORTE DE APELACIONES.

Concepción, dieciséis de abril de dos mil quince.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

Primero: Que doña F.J.B.C. ha deducido recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de 21 de noviembre de 2014 pronunciada por el Juzgado de Familia de Concepción, que ordenó conceder por seis meses el cuidado personal de su hijo E.S.V.B. a su padre don J.E.V.F., solicitando concretamente que dicha resolución sea revocada y que se rechace el requerimiento de la medida de protección, con costas.

Segundo: Que en el libelo del recurso de apelación a que se hecho referencia, la recurrente sostiene que la juez del tribunal a quo, durante el desarrollo de la audiencia de rigor, se negó a recibir la prueba documental ofrecida por la señora F.J.B.C. para acreditar los hechos relativos a la medida de protección discutida; que no dispuso la citación del menor nombrado a esa audiencia o a otra, quien en consecuencia no fue oído; que tampoco le informó acerca de sus derechos y obligaciones en el transcurso de dicha audiencia considerando que compareció sin la asistencia de letrado; ni procuró que se lograra un acuerdo para la resolución del conflicto.

Tercero: Que iniciado el procedimiento, tratándose de la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, el tribunal fijará una audiencia a la que citará al menor, a sus padres y demás personas que indica el artículo 72 de la Ley N° 19.968, debiendo durante dicha audiencia informar a las partes acerca de sus derechos y deberes así como responder sus dudas e inquietudes.

Cuarto: Que la audiencia a la que viene haciendo referencia, que es la preparatoria, se llevó a efecto sin la presencia del niño nombrado, quien no fue citado a comparecer ya que el tribunal a quo no lo dispuso en la resolución pertinente de 11 de noviembre de 2014, con lo cual el menor no ha sido oído en este proceso, teniendo edad para ello. Tampoco, según consta del registro de audio correspondiente, la juez doña Maribel Oelckers Jerez le permitió a la madre doña F.J.B.C. ofrecer la prueba documental que pretendía ni menos rendirla en su oportunidad, quedando dicha parte en una situación de evidente indefensión. En estas condiciones anómalas, la juez procedió acto seguido a dictar sentencia definitiva y, por lo mismo, tampoco fue posible la realización de la audiencia de juicio.

Quinto: Que lo anteriormente señalado, cabe agregar que antes de dictarse sentencia en un procedimiento de protección como el que se revisa, conforme a lo establecido en el artículo 75 de la Ley N° 19.968, es obligación del juez procurar que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, lo que tampoco aparece cumplido en la audiencia realizada.

Sexto: Que así las cosas, se observa que se han infringido claras reglas de procedimiento en la tramitación de esta causa, así como tampoco se ha dado cumplimiento a principios fundamentales

que deben aplicar siempre los Tribunales de Familia, como son los de colaboración; del interés superior del niño y el derecho a ser oído.

Séptimo: Que, en consecuencia, y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 25 de la Ley N° 19.968 y 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil, esta Corte en uso de sus facultades oficiosas invalidará a la audiencia de 21 de noviembre de 2014 así como la sentencia definitiva dictada, en atención a los vicios de procedimiento en que se incurrió por el tribunal a quo, que resultan invalorable, conforme a lo que se dirá en lo resolutivo.

Por estos fundamentos; disposiciones legales citadas y teniendo además presente lo establecido en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, artículos 14, 16, 27, 67, 69 y 72 de la Ley N° 19.968, se declara:

I. Que se INVALIDA DE OFICIO la audiencia preparatoria celebrada el veintiuno de noviembre de dos mil quince, así como la sentencia definitiva de igual fecha dictada en esta causa por el Juzgado de Familia de Concepción, retrotrayéndose la tramitación del proceso el estado que se cite por el juez no inhabilitado que corresponda a una nueva audiencia preparatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley N° 19.968, la que llevarse a efecto con estricto apego a las normas de procedimiento aplicables; y

II. Que no se emite pronunciamiento respecto del recurso interpuesto doña F.J.B.C. atendido lo resuelto precedentemente.

Devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante don Hugo Tapia Elorza.

Pronunciada por la Segunda Sala, integrada por los Ministros señores Renato Campos González, César Panés Ramírez y Abogado Integrante señor Hugo Tapia Elorza.

Rol N°670-2014.

Revista de Derecho de Familia VOL II, N° 6-2014, p 490, Ed. Legalpublishing