



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
PROGRAMA DE MAGISTER EN
DERECHO CON MENCIONES**

ANÁLISIS CRÍTICO DEL ROL DEL CURADOR AD LITEM EN LA JUSTICIA DE FAMILIA

TESIS PARA POSTULAR AL GRADO DE MAGISTER

AUTOR: ANDREA SOLEDAD GONZÁLEZ VALDERRAMA

PROFESOR GUIA: CRISTIAN LUIS LEPIN MOLINA

RESUMEN

El artículo 19 de la Ley 19.968, recoge la idea de que los niños, niñas y adolescentes actúen en los procesos debidamente representados en juicio por un curador ad litem, en todos los casos en que se hallen comprometidos intereses de un niño, niña o adolescente, y carezcan de representante legal o sus intereses sean contradictorios o independientes a los de sus representantes legales.

La presente investigación, tiene por objeto delimitar las funciones y competencias del curador ad litem, más precisamente cual es su rol, analizando éste tanto desde el punto de vista teórico dogmático, como en una dimensión práctica. Desde el punto de vista teórico-dogmático, se hará un recorrido por sus antecedentes históricos, para luego entrar en el análisis de los principios que sustentan el derecho de los NNA a ser representados en los juicios de familia, teniendo como eje central la actual concepción del niño como sujeto de derechos. En otra esfera de la investigación, se realizará un análisis de campo, para conocer y determinar cual es el rol del curador ad litem en cuanto a su funcionamiento actual en la Justicia Familiar.

Palabras Clave: Rol Curador *ad litem*, niños como sujetos de derecho, derecho a ser oídos en juicio, defensa técnica de niños, niñas y adolescentes.

INTRODUCCIÓN

La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, (en adelante CDN)¹, trajo consigo la necesidad y obligación de modificar, eliminar y crear una serie de normas para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a esta nueva legislación, cuya jerarquía legal está por sobre las leyes.² Consecuente con lo anterior, con la entrada en vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, “se produjo un fuerte cambio de paradigma en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En el contexto de la Convención, los niños dejan de ser objetos de política, regulación y protección, para pasar a convertirse en sujetos de derecho”.³ “Esto se traduce en que los niños, niñas y adolescentes, (en adelante NNA), pasan a ser titulares de derechos constitucionales. Digamos que, en este nuevo escenario, niños, niñas y adolescentes son considerados ciudadanos con derechos y miembros (potenciales, si se define con referencia exclusiva al voto) de la comunidad política”⁴. “Los niños y adolescentes son titulares de derechos que ellos mismos reclaman proteger, de modo de ir definiendo su propia personalidad, y de cuyo goce se encontraban privados bajo el supuesto de estar sujetos a un régimen especial de protección”.⁵

Antes en nuestro país, no se concebían a los niños como sujetos de derecho, sino que se entendía que ellos eran objeto de regulación estatal, de hecho se refería a ellos como “menores”, la ley de menores se basaba en el paradigma de la denominada Doctrina de la Situación Irregular, que consideraba que los niños, denominados anteriormente “menores”, no eran sujetos de derechos, pertenecían a un grupo de seres humanos que conformaban un estatuto distinto a los adultos, (inferior), no tenían los mismos derechos, y su tratamiento en la vida jurídica era de personas incapaces de tener juicio, y menos opinión, por lo que eran objeto de regulación del Estado y de sus

¹ Fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por Chile el 26 de enero de 1990, promulgada por Decreto N° 830, de 14 de agosto del mismo año, y publicada en el Diario Oficial el 27 de noviembre de 1990.

² Atendido lo prescrito en el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile, algunos autores estiman que un Tratado Internacional que verse sobre derechos humanos sería incluso supraconstitucional.

³ FREEMAN D, Michael, Tomando más en serio los Derechos de los Niños, Revista de Derechos del Niño UNICEF- Universidad Diego Portales, (3-4):. 251, 258, 2006.

⁴ LOVERA, D y CODDOU, A. Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía, Justicia y Derecho del Niño, (11): 14-15, octubre 2010.

⁵ CILLERO Bruñol, M, De la Tutela a las Garantías Consideraciones sobre el proceso penal la justicia de adolescentes, Revista de Derechos del Niño, UNICEF. Universidad Diego Portales, (2): 53- 57, 2003.

padres, quienes decidían por ellos. Al respecto, como lo explica la autora Mary Beloff: “Los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia sino sólo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los “menores”. Se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material” o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado.”⁶

Resulta importante insistir en que el cambio que introduce la Convención no sólo confirma la titularidad de los niños y adolescentes sobre sus derechos constitucionales, sino que, además, y más importante, se reconoce que ellos y ellas tienen un rol protagónico, (del que antes estaban privados), en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos.⁷ De esta manera, la Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas, atribuyéndoles titularidad para demandar igual respeto y protección de los derechos.⁸

Se ha estimado que el ejercicio de los derechos del niño va a depender de sus condiciones de madurez en cada caso concreto, y no de unas categorías de edades señaladas por el ordenamiento jurídico, la CDN, reconoce lo anterior como un principio, que parte de la doctrina nacional ha denominado Principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos⁹, el que encuentra su reconocimiento en el artículo 5 de la CDN¹⁰. Siguiendo a los autores Millán y Villavicencio, “del artículo quinto de la CDN, se puede deducir que el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es

⁶ BELOFF, Mary, Protección Integral de los Derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, Justicia y Derechos del Niño, (1): 15, Noviembre, 1999.

⁷ Ver COUSO Jaime. El Niño como sujeto de derecho y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho del niño a ser oído, Revista de Derechos del Niño, UNICEF. Universidad Diego Portales (3-4):145-148.

⁸ Ver CILLERO Bruñol, Miguel El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Justicia de Derechos del Niño, UNICEF, (9): 125-130. Santiago, Chile, agosto 2007

⁹ En esta materia ver CILLERO Bruñol, Miguel, Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios UNICEF-IIN, Derecho a Tener Derechos (4): 150, 1999.

¹⁰ El artículo 5 numeral 8 de la CDN señala que: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

progresivo en razón de la evolución de sus facultades y que a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir la orientación y dirección apropiadas para que aquéllos ejerzan los derechos reconocidos por la Convención.”¹¹ “Los niños, niñas y adolescentes son, entonces, sujetos de derecho que desarrollarán gradualmente el ejercicio de sus derechos conforme al principio de autonomía progresiva. Para asegurar este tránsito, la Convención encomienda a los padres o la familia un específico deber de orientación destinado precisamente a preparar el camino hacia una ciudadanía plena. En suma, los titulares de los derechos son los niños y niñas y no otros sujetos o algún tipo de interés colectivo o difuso difícil de determinar, y el desarrollo de éstos implica un proceso continuo en que irán adquiriendo un mayor grado de autonomía hasta llegar a la plena capacidad de autogobierno que les permitirá dotarse para sí de los planes de vida que parezcan más conformes a sus convicciones y modos de habitar el mundo.”¹² El profesor Barcia, explica que “existe todo un período de maduración, durante el cual debe reconocerse una amplia autonomía del niño, niña o adolescente (sobre todo en la medida que se va acercando a la mayoría de edad)”¹³. La consideración fundamental en esta materia es determinar si el niño(a) o adolescente tiene legitimación activa en el ejercicio de sus derechos fundamentales y de la personalidad y de ser así como debería ser la forma de ejercer sus derechos ante los Tribunales de Familia

Por su parte el artículo 12.2 de la CDN, se refiere al derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Acorde con la Convención de los Derechos del Niño, y toda la instauración de nuevos dogmas en esta materia, el Estado de Chile, tuvo que tomar una serie de medidas para adaptar nuestro ordenamiento jurídico, con el objeto de poner en marcha lo pactado con la comunidad internacional, debido a la incorporación de este Tratado Internacional al derecho chileno, por lo que en el año 2004 se promulgó la Ley 19.968

¹¹ MILLÁN Patricio, VILLAVICENCIO Luis, La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección en Revista de Derechos del Niño N° 1, Universidad Diego Portales, UNICEF, Santiago de Chile, 2002, p.21

¹² *Ibidem*

¹³ BARCIA Rodrigo, Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia, Punto Lex Thomson Reuters: 375, 2011

que crea los Tribunales de Familia, que entre otras innovaciones materializa el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención de Derechos del Niño, consagrando como principio rector la concepción del niño como sujeto de derecho, plasmando como directriz el principio del interés superior del niño, es así que el artículo 16 prescribe que “esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el derecho del goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

“El interés superior del niño 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 decisión”¹⁴ “Este derecho se consagra como uno de los principios formativos de los nuevos procedimientos de familia y exige al juez tener como consideración primordial al momento de fallar tanto el Interés superior del niño, niña o adolescente como la opinión de éstos”.¹⁵

Como corolario de esta idea, el artículo 19 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia, recoge la representación judicial, prescribiendo que: “En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y 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 que carezcan de representante legal o cuando por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quién corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador *ad litem del niño*, niña, adolescente o incapaz, por el sólo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales”

El objeto de esta investigación será analizar críticamente la figura del curador *ad litem* en niños, niñas y adolescentes dentro de la justicia de Familia al tenor del artículo 19 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, determinar cuál es el rol del

¹⁴ Artículo 16 Ley 19.968

¹⁵ CORREA, P. y VARGAS, M., La voz de los niños en la Justicia de Familia en Chile. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, 17 (1) :178, 2011.

curador *ad litem*, determinar su relación con la concepción del niño como sujeto de derecho, relación que guarda con el ejercicio de su derecho a ser oído, y/o su derecho a la defensa jurídica, análisis que servirá de base para proponer el modelo más idóneo para representar a niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia.

Por lo anterior mi objetivo será determinar, sin en definitiva, con la instauración de esta norma, se está dando cabida a una especie de representación en juicio distinta a la representación que emana de la patria potestad, si se está confiriendo a los NNA el derecho a la defensa jurídica en juicio y qué relación tendría con otros derechos y principios. Esta es la materia que se abordará en este trabajo, para ello será necesario analizar algunos aspectos como el concepto de curador *ad litem*, a quienes se les designa, cual es su ámbito de competencia, cuáles son sus funciones, qué relación existe con las nuevas concepciones del derecho de la infancia y la adolescencia, para luego analizar la del concepción niño como sujeto de derechos, el principio del interés superior del niño, el derecho a ser oído como manifestación de su tratamiento como sujeto de derecho, el principio de la autonomía progresiva, derecho a la participación, a la no discriminación, se determinará qué derechos se garantizan con esta figura recogida por el artículo 19 de la ley 19.968, además responder a la interrogante de si el hecho de tener el niño, niña o adolescente un curador para la *litis*, corresponde a su ejercicio de sujeto de derechos, determinado su relación con el derecho al debido proceso y a la defensa jurídica en juicio. Se consignará que han señalado los autores chilenos acerca del rol del curador *ad litem*, como se ha tratado este tema tanto en la práctica de tribunales de familia de la Región Metropolitana como en derecho comparado.

Se utilizará principalmente el tipo de investigación teórico-dogmática, revisión de lectura atinente al tema, que permitan desentrañar las preguntas de la investigación. La técnica de investigación será documental bibliográfica (fichaje). Empleando además parcialmente, el método de investigación de campo, utilizando como técnica las entrevistas se practicarán a un grupo de abogados de la Corporación de Asistencia Judicial a quienes les sea de común ocurrencia el ejercicio de la labor de curador *ad litem* y criterios de la judicatura de la Región Metropolitana, que permitan clasificar los distintos criterios de los que ejercen la función de curador *ad litem*, a objeto de

determinar la relevancia que constituye la institución ya referida en los Tribunales de la Región Metropolitana.

CAPÍTULO PRIMERO: AMBITO DE COMPETENCIAS Y FUNCIONES DEL CURADOR *AD LITEM*

En este capítulo pretendo presentar el concepto del curador *ad litem*, desentrañando su significado desde sus orígenes, partiendo por una revisión de la historia de esta institución, cómo y porqué fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, para luego conocer los motivos y las discusiones que se tuvieron a la vista para integrarla dentro de las normas de la Ley que crea los Tribunales de Familia.

En una segunda parte de este capítulo, haré una revisión del artículo 19 de la Ley 19.968, con el objeto de determinar en qué circunstancias el juez de familia debe designar un curador para el litigio de familia, verificar de esta forma los casos en que se debe designar curador. Se revisará además el actual estatuto de representación judicial en caso de niños, niñas y adolescentes, los alcances de la carencia o imposibilidad de representación ordinaria, para finalmente abordar cuales son las facultades y competencias, que según la Ley 19.968, tiene un curador *ad litem*.

1. Sobre el curador *ad litem*

“Curador, es aquella persona que cuida algo, curador *ad litem*, es aquella persona nombrada por el juez para seguir los pleitos y defender los derechos de un menor, representándole”¹⁶

De esta definición, se puede desprender que el curador *ad litem*, es:

- un cuidador.
- designado por un juez.
- que tiene como función seguir los pleitos.
- ¿Qué significa seguir los pleitos? El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define seguir: “tratar o manejar un negocio o pleito, haciendo

¹⁶ REAL ACADEMIA de la Lengua española, diccionario de la Lengua española, vigésima edición, tomo I, Editorial Espasa- Calpe, Madrid 1984.

las diligencias conducentes para su logro”. Y pleito es “una contienda, diferencia, disputa, litigio judicial entre partes.

A partir de estos significados se puede construir una definición de curador *ad litem* como una persona designada por un juez que debe velar porque el juicio se realice en defensa de los derechos de quien representa, y que tiene por conducir un proceso judicial, realizando las diligencias conducentes para su logro.

1.1-. Antecedentes Históricos de la Institución

El concepto de familia, viene de la expresión “famili”, que se usaba para denominar al conjunto de esclavos que tiene una persona, también fue entendida como el conjunto de personas sometidas al paterfamilia o el jefe de familia, dentro de ese contexto se debe además recordar que la única persona que detenta plena capacidad jurídica, es el paterfamilia, quien tiene el poder sobre los esclavos (dominica potestas), los hijos (patria potestas) y la mujer (manus). Tanto los hijos, esclavos como las mujeres, por tanto, no pueden poseer patrimonio propio, ya que la familia es una unidad en todo sentido, por lo que los actos de estas personas que están sometidas al paterfamilia, sólo tienen efecto o son válidos si benefician al jefe de familia.¹⁷

La figura del curador, por tanto nace para aquellas personas que no están sometidas al paterfamilia y sus primeras regulaciones se remontan a la época de las Doce Tablas.¹⁸

Se le llamaba curatela en Roma a aquella representación y administración que asumía una persona, respecto de un incapaz, no sometido a la potestad.¹⁹

La primera curatela encuentra su nacimiento en la protección a los incapaces²⁰.

Con el transcurso del tiempo se verifican otro tipo de curatelas, creadas por el pretor a favor de patrimonios privados que por diversas razones necesitan administrador; ellas son:

- La cura ventris: destinada a preservar los bienes de la persona que está por nacer.²¹

¹⁷ SAMPER, Francisco, Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1975, 181- 182- 185

¹⁸ SAMPER, op.cit.,p. 346.

¹⁹ Ibidem

²⁰ Ibidem

- La establecida para la administración de los bienes de un sordomudo, enfermo, prisionero o ausente.²²
- Curator Impuberi: prevista para controlar la gestión de un tutor ²³
- Cura Minorum: La que se da a un menor de 25 años.²⁴

La curatela del menor se refiere a aquella persona que habiendo llegado a la pubertad y antes de cumplir 25 años, no se encuentra sometida a potestad paterna, ni a tutela. Quienes negociaban con menores, exigían la presencia de un curador que asesore a éste, pues así se evitaba la procedencia de los recursos y podía tenerse seguridad en que el resultado del acto sería eficaz, así terminó siendo que el mismo menor concurría donde el magistrado a solicitar el nombramiento de un curador, ya sea permanente o para un acto determinado.²⁵

Sin embargo, en materia procesal, sólo pueden ser partes en un juicio aquellos que tienen capacidad para cumplir actos procesales, son incapaces de intervenir como partes: los esclavos, los niños sin uso de razón (infantes), los dementes y los pródigos.²⁶

El Código Civil en su artículo 240 definía la patria potestad como el conjunto de derechos que tiene el padre legítimo, sobre los bienes del hijo no emancipado, (con el tiempo se permitió que la madre también pueda ejercer este derecho sobre los bienes del hijo). La facultad de representación que confiere la patria potestad del padre o madre, en los pleitos de sus hijos, se otorga para asuntos en que se encuentran involucrados intereses patrimoniales. Respecto de la figura del curador *ad litem*, ésta estaba regulada de manera muy similar a como está en la actualidad.²⁷

Como consecuencia de que los efectos de la patria potestad se reducen al ámbito patrimonial de los hijos no emancipados, el tipo de representación judicial que confiere la patria potestad también dice relación con el ámbito civil patrimonial, al respecto, es dable citar un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, que ya en el año 1912, señalaba que los cónyuges menores, no necesitan de curador en los juicios de

²¹ SAMPER, op.cit, p.347

²² Ibidem

²³ Ibidem

²⁴ Ibidem

²⁵ Ibidem

²⁶ SAMPER, op.cit, p.69

²⁷ Ver Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil y Leyes Complementarias, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, Octubre de 1999, p.67

divorcio, ni de autorización de los padres, si los tuvieran.²⁸ Con este fallo se está reconociendo que en definitiva el hijo aún cuando sea menor de edad, cuenta con cierta autonomía o capacidad para aquellos actos extrapatrimoniales como son el matrimonio, y en el ámbito judicial como es actuar por sí sólo en un juicio de divorcio.

La regulación jurídica del curador ad litem se encuentra tratada en el título XIX “De las Tutelas y Curadurías en general”, y en el artículo 338 se define que las tutelas y curadurías son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo la potestad del padre o madre que puedan darles la protección debida, los tutores y curadores, en definitiva son cargos que ejercen personas distintas a los padres, cuando éstos por algún motivo no pueden representar al hijo en algún asunto, en el caso de los curadores ad litem, son personas distintas a los padres que representan a los menores de edad en el ámbito judicial.

Hasta el día de hoy, nuestro Código Civil, recoge la institución del curador ad litem en muy pocos de sus artículos, por ejemplo en el artículo 494, señala que “Los curadores para el pleito, o *ad litem* son dados por la judicatura que conoce en el pleito...”

1.2 Antecedentes de la historia del artículo 19 de la ley 19.968

La mentada norma, se encuentra ubicada dentro de las reglas generales, a continuación del artículo 18 que regula la comparecencia en juicio, en ella se establece la Representación.

En el Proyecto de la Ley que crea los tribunales de familia, esta norma estaba ubicada en el Artículo 15, el que señalaba que:

”En todos los asuntos de competencia de los tribunales de familia en que aparezcan involucrados intereses de menores de edad o de incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a una persona idónea perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la

²⁸ Ver Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil y Leyes Complementarias, op, cit., p.70

defensa, promoción o protección de los derechos de los menores o incapaces, en los casos en que el menor de edad o incapaz carezca de representante legal o que, por motivos fundados el juez estime necesario que su representación sea ejercida por una persona distinta de aquella a quien corresponda legalmente. La persona así designada será el curador *ad litem* del menor de edad o incapaz por el sólo ministerio de la ley y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso anterior o cualquier otra persona que tenga interés en ello.”²⁹

La redacción de esta norma es bastante parecida a la del texto definitivo, sin embargo, presenta una gran diferencia, ya que en ella se señala, que el curador *ad litem* puede ser “una persona idónea” perteneciente a Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de los menores o incapaces, a diferencia del texto definitivo en que se señala que el curador *ad litem* debe ser un abogado³⁰, lo que sin duda es una diferencia fundamental, ya que del tenor literal de la actual norma, se reconoce el derecho de los niños, niñas o adolescentes a contar con una representación letrada, entonces, si su representación en juicio es a través de un abogado, ¿Se trataría entonces de la posibilidad de contar con una defensa técnica en el proceso?-. Esta es una de las grandes interrogantes que pretendo contestar con este estudio.

2-. Designación de curador *ad litem* en el artículo 19 de la Ley 19.968

Esta norma está ubicada dentro de las reglas generales establecidas en la Ley que crea los Tribunales de Familia, a continuación de la regulación de la comparecencia en juicio y señala lo siguiente:

²⁹ Boletín 2118-18 Cámara de Diputados. Informe de Comisiones Unidas en Sesión 4. Legislatura 349, 16 de abril, 2003. <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5746/> [Consulta 22 de marzo de 2017]

³⁰ Boletín 2118-18 Cámara de Diputados, op cit. Esta modificación, se debe a la observación formulada por el Diputado señor Elgueta, en el texto ya citado se lee lo que sigue: “La Comisión acogió por unanimidad la observación del Diputado señor Elgueta relativa al empleo de la palabra “abogado” en el inciso segundo.”

Artículo 19. Representación- “En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y 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 que carezcan de representante legal o cuando por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.”

La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz, por el sólo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

De la falta de designación de representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello”

2.1 Casos en que se debe designar un curador *ad litem*

El inciso primero del artículo 19 de la Ley 19.968, señalar que: “En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes e incapaces, el juez deberá velar por que éstos se encuentren debidamente representados.”

La primera pregunta que cabe hacer, es ¿cuándo debe ser representado en juicio de familia un niño, niña o adolescente? .

-La respuesta sería: siempre que aparezcan involucrados sus intereses, ya que esta norma señala que en “todos” los asuntos de competencia de los Juzgados de Familia en que aparezcan involucrados sus intereses. Ahora bien, ¿qué se quiso decir con involucrados sus intereses? ¿A qué se referirá la norma con intereses de los niños niñas o adolescentes?. - En la historia de la ley no se han encontrado respuestas para esta interrogante, por intereses del niño se pueden entender sus deseos, sus anhelos, o su interés superior, es importante hacerse esta pregunta ya que su respuesta

determinará en definitiva, el ámbito de actuación que ha de tener el representante del niño en juicio. Sobre estos intereses se va a tratar a propósito del inciso segundo de este artículo.

En mi opinión, intereses del niño, dice relación con los derechos del niño, es decir con la expresión, “involucrados intereses del niño”, se refiere al ejercicio de sus derechos en un proceso judicial, involucrar sus intereses entonces tiene que ver con la decisión de alguna situación que afecte alguna de las especiales garantías que la comunidad internacional ha decidido proteger y asegurar para aquellas personas denominadas niños, niñas y adolescentes, que se configuran en especiales garantías atendido que son seres humanos en desarrollo que requieren una tutela especial de sus derechos. Generalmente en los juicios de familia está en juego la satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y muchas veces se debe ponderar cuales derechos se deberán privilegiar.

¿Quién velará porque esto suceda? La respuesta sería el juez de familia deberá velar por que niños, niñas y adolescentes estén debidamente representados. En este inciso de este artículo, no hace distinción de edad, ni de tipo de procedimiento, ni de materia, por lo que si se aplica estrictamente, siempre se deberá designar un representante en juicio en los casos en se que hallen involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, el inciso segundo de este artículo viene a modificar lo que parecía tan claro en el inciso primero, al señalar cuándo se designará abogado, en tal sentido la norma señala, que esta designación se realizará en dos casos:

- cuando carezcan de representante legal
- o cuando por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes y contradictorios con los de aquel, a quien corresponda legalmente su representación.

Debido a que generalmente, los representantes de los niños, niñas y adolescentes, son sus padres; y precisamente las causas de familia, tienen como propósito resolver conflictos entre miembros de la familia, los intereses de los que intervienen en dichos juicios, (como ocurre con los NNA), en la mayoría de los casos, serán al menos independientes y a veces contradictorios, con los de su padre, o madre, esto se ve reflejado, si pensamos en un caso en que se dispute su cuidado

personal, o exista vulneración en sus derechos, por quienes están bajo su cuidado y protección, por que justamente esas mismas personas, son quienes por ley los representan en juicio. Por otra parte, en las causas de familia, en los procesos llevados a cabo en los Tribunales de Familia, las materias que conoce el tribunal, y por ende las decisiones que se vayan a tomar, van a afectar los niños, niñas o adolescentes, por lo que en mi opinión el nombramiento de un curador debería ocurrir en la mayoría de los casos, salvo que sea evidente que el representante legal del hijo, actúa representando los mismos derechos que el representado reclama, como podría ocurrir por ejemplo en una acción de reclamación de filiación de un niño o niña en que la madre en representación de su hijo o hija reclama la filiación del padre, representando su derecho a conocer su origen, o cuando se demandan alimentos en su representación y beneficio.

En este sentido, sostiene COUSO que: “En Chile, la regulación legal del derecho a la defensa técnica de los niños ante los tribunales de familia es, a este respecto, algo defectuosa, pues parte de la base de que la necesidad de defensa autónoma para los niños (distinta de la que podrían proporcionarle sus padres), asociada en la ley, a la existencia de un “interés independiente o contradictorio” del de sus padres, es una excepción (Art. 19, Ley de Tribunales de Familia). Pero la verdad es que, si se parte del derecho del niño a participar en la decisión del caso, a partir de su propia visión sobre lo más conveniente para su vida, entonces por definición sus intereses son por lo menos independientes de los de sus padres. Incluso si, a primera vista, los padres del niño, o uno de ellos, defiende(n) un interés que coincide con el que el niño identifica como su interés en el asunto (por ejemplo, junto a su madre encargada de su custodia, el niño se opone a las visitas del padre no custodio), es perfectamente posible que en el curso del proceso, cuando el niño sea informado suficientemente sobre las diversas aristas del conflicto y sus derechos en juego, termine identificando otros intereses que son independientes o contradictorios (por ejemplo, que si quiere mantener una relación con su padre), lo que seguramente será más difícil que ocurra si no tiene un representante autónomo. Una consecuencia de ello, en mi opinión, es que los tribunales de familia (y la Corporación de Asistencia Judicial y demás instituciones habilitadas para ello deberán solicitar, en su caso) siempre la designación de un representante al niño, salvo en los casos en que esté

completamente descartada la existencia de un interés del niño contradictorio o independiente del de sus padres o representantes legales.”³¹

Es por ello que la designación de curador *ad litem*, no debería ser la excepción sino la regla general, ósea, siempre se deberá designar curador *ad litem*, salvo, como señala Couso, que esté totalmente descartada la posibilidad de intereses o derechos contradictorios con quien ejerce su representación legal.

2.2 Representación legal de niños, niñas y adolescentes reglas actuales.

La pregunta que se pretende contestar en este apartado es quien o quienes son los representantes legales de los niños, niñas y adolescentes en un juicio determinado.

En nuestro ordenamiento jurídico la representación de los niños, niñas y adolescentes en juicio, está regulada principalmente en el Libro Primero de las Personas, dentro de las normas que regulan el ejercicio de la Patria Potestad, también en el artículo 19 de la Ley que crea los Tribunales de Familia. Por su parte, el artículo 43 del CC señala quienes son los representantes legales de una persona, ellos son el padre o la madre, el adoptante, su tutor o curador.

El Código Civil Chileno, (en adelante C.C), en su artículo 243 define a la Patria Potestad como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La primera característica de la patria potestad en que ésta se refiere a los derechos y deberes de los padres sobre los bienes del hijo no emancipado, por lo que estos derechos deberes, sólo se refieren a los casos en que los hijos tengan un patrimonio propio, ya decíamos que el Código Civil chileno, separó la esfera personal de la esfera patrimonial de los hijos.

Uno de los atributos que confiere la Patria Potestad es la facultad de quien la ejerce, de detentar la representación legal de los hijos³², para estos efectos lo que se revisará será sólo lo tocante a la representación judicial, al respecto, se señalan las siguientes reglas de representación:

³¹ COUSO Jaime, El Niño como sujeto de derecho y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho del niño a ser oído, Revista de Derechos del Niño, (3 y 4): 147-149, UNICEF. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2006.

³² Ver, RODRÍGUEZ, María Sara, Una relectura de la Patria Potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes del los hijos, Revista Ius et Praxis, año 16, (1), 2010, p 78-79.

Causas Civiles

- Hijo demandante civil: si se trata de acciones civiles y el hijo es demandante deberá ser autorizado o representado por el padre o madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta. (artículo 264 C.C)

- Hijo demandante civil no autorizado por quien o quienes ejercen la patria potestad o están inhabilitados quienes ejercen la patria potestad para prestar su consentimiento, en estos casos se les podrá designar por el juez, un curador para el litigio. (artículo 264 C.C)

- Hijo demandado civil: el demandante deberá dirigirse contra el padre, madre o ambos, según quien tiene la patria potestad, para que autorice o represente al hijo en la *litis* (artículo 265 C.C).

- Hijo demandado civil, cuyo padre o madre no quiere o no puede prestar su autorización o representación, tendrá que ser suplida por el juez a través del nombramiento de *curador ad litem*. (artículo 265 C.C)

- Que el hijo litigue como actor en contra del padre o la madre que ejerce la patria potestad, en tal caso le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la *litis*, así lo prescribe el artículo 263 inciso primero del C.C: Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la *litis*.

Aún cuando la ley no reglamenta la situación de que sea el padre o la madre que ejerce la patria potestad quien demanda al hijo, la doctrina estima que en este caso el padre o la madre estarían autorizando al hijo para comparecer en juicio, y que como el hijo es menor de edad hay que designarle un curador para la *litis*.

- Casos en que el padre o la madre que tiene la patria potestad, litigue contra el hijo, sea como demandante o como demandado, éstos deberán proveer al hijo de expensas para el juicio, las que regulará incidentalmente el tribunal, tomando en consideración la cuantía e importancia de lo debatido y la capacidad económica de las partes. (Artículo 263 inciso segundo C.C.)

Esta norma es nueva y tiene gran importancia por la frecuencia con que se presentan juicios entre padres e hijos, especialmente en materia de alimentos.³³

Acciones Penales:

- Hijo es querellante necesitará autorización o representación del padre o madre o de ambos, según quien ejerce la patria potestad.
- Hijo querellante no autorizado por quien o quienes ejercen la patria potestad o inhabilitados quienes ejercen la patria potestad para prestar su consentimiento, en estos casos se les podrá designar por el juez un curador para el litigio.
- Hijo cuya acción penal es ejercida en su contra, no es necesaria la intervención paterna o materna; pero el padre o la madre que ejerce la patria potestad, está obligado a suministrarle los auxilios para su defensa. (artículo 266 C.C)

- Que el hijo litigue como actor en contra del padre o la madre que ejerce la patria potestad, en tal caso le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la *litis*, así lo prescribe el artículo 263 inciso primero del C.C: Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la *litis*.

Aún cuando la ley no reglamenta la situación de que sea el padre o la madre que ejerce la patria potestad quien demanda al hijo, la doctrina estima que en este caso el padre o la madre estarían autorizando al hijo para comparecer en juicio, y que como el hijo es menor de edad hay que designarle un curador para la *litis*.

- Casos en que el padre o la madre que tiene la patria potestad, litigue contra el hijo, sea como demandante o como demandado, éstos deberán proveer al hijo de expensas para el juicio, las que regulará incidentalmente el tribunal, tomando en consideración la cuantía e importancia de lo debatido y la capacidad económica de las partes. (Artículo 263 inciso segundo C.C.)

Esta norma es nueva y tiene gran importancia por la frecuencia con que se presentan juicios entre padres e hijos, especialmente en materia de alimentos.³⁴

³³ Ver TRONCOSO Latorre, Hernán, "Derecho de Familia", Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2006, p 336-338

De estas reglas de representación se puede desprender que hay una distinción entre la representación en actos de carácter patrimonial y actos de carácter extrapatrimonial, por ello para poder determinar la representación de un niño, niña o adolescente, necesariamente se debe hacer esta distinción, de esta forma, se logran conciliar los estatutos de representación regulados en el Código Civil de la representación regulada en la Ley que Crea los Tribunales de Familia, que en definitiva es lo que interesa en estas líneas.

Como se verá más adelante, en materia de derechos extrapatrimoniales de la infancia y la adolescencia, existe un tratamiento diferente en cuanto a la representación de los niños, niñas y adolescentes, de hecho, la CDN les reconoce cierta autonomía en el ejercicio de sus derechos, como además se les reconoce el derecho de ser oídos en un juicio por si solos, sin necesidad de autorización o representación de sus padres o personas que detenten ésta. “Ello ha conducido a separar las reglas de la capacidad en el acto jurídico, de las que rigen la capacidad en el ámbito extramatrimonial, de los derechos de la personalidad o los derechos fundamentales”.³⁵

Al respecto Cançado postula también que “los derechos del niño se desprendieron de la patria *potestas* (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia-enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos el niño, en el plano internacional, el fundamento de las autoridad parental pasa a ser el interés superior del niño, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere autonomía propia.”³⁶

“La representación legal es un atributo del padre o madre que tiene la patria potestad. Sin embargo consiste en una función residual y excepcional. Lo es porque en el ámbito personal parece que no tiene la relevancia que se le atribuye debido a la autonomía progresiva que el Derecho común y los tratados internacionales de protección de la infancia atribuyen al menor de edad. En el ámbito patrimonial, sólo es funcional en los escasos supuestos en que el hijo tiene bienes bajo administración paterna o materna. Podemos afirmar que la representación legal se refiere

³⁴ Ver TRONCOSO Latorre, Hernán, “Derecho de Familia”, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2006, p 336-338

³⁵ BARCIA Lehmann, Rodrigo, La capacidad extramatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez, *Revista Ius et Praxis*, año 19, (2): 5, Santiago, Chile, 2013

³⁶ CANÇADO, Antonio, El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión Librotecnia, Santiago de Chile, agosto 2008, .147-148p.

naturalmente a los negocios judiciales y extrajudiciales relativos a los bienes que tiene el padre o madre en su administración y goce; y no a otros bienes, respecto de los cuales tiene esta representación el curador. La representación legal obedece a la existencia de los peculios y a la menor edad del hijo. Si no hay bienes que administrar, este derecho del padre o madre comprende, solamente una función tuitiva, no propiamente representativa, que se asimila al deber de cuidar del hijo.³⁷

La representación judicial del hijo, regulada por el Código Civil, dice relación con casos en que el niño, niña o adolescente litigue contra un tercero, distinto al padre, madre, o guardador, ya que para el caso de hacerlo como demandante contra el padre o la madre, el juez debe designarle un curador, sin embargo, cuando sea el padre o la madre quien litigue contra el hijo, el C.C no prevé el nombramiento de uno, sino sólo el hecho, de que debe proporcionar las expensas para la el juicio, es por ello que la regulación del curador *ad litem* en familia, es diferente a la que regula el Código Civil, puesto, que, en las causas de familia generalmente se litigará contra el padre, la madre, o ambos, salvo excepciones ya señaladas.

2.3 Carencia e imposibilidad de representación ordinaria. Alcances

Con anterioridad se habían mencionado los casos de representación judicial que regula el Código Civil, en donde se pudo concluir que este tipo de representación es distinta de aquellas formas de representación en que nuestro ordenamiento jurídico ha innovado, como es el caso del artículo 19 de la ley 19.968.

Ya se señalaron los casos de representación judicial de NNA, que por regla general corresponde al padre, la madre o ambos, quienes representan al hijo en el ámbito judicial, se indicó además, que habían ciertas excepciones. Un común denominador de estas excepciones en que el hijo actúa representado por un curador *ad litem* eran:

- Inhabilidad del padre o madre que ejerce la patria potestad de representar al hijo

³⁷ Así lo señala la autora RODRIGUEZ, María Sara, “Una relectura de la función tuitiva persona y los bienes de los hijos” *Revista Ius et Praxis*, Año 16, No 1, Talca, 2010, pp. 55 – 84 disponible en <http://www.scielo.cl>

- negativa del padre o madre de representar al hijo.
- Casos en que el hijo demande al padre o madre.
- Casos en que el padre o la madre demanden al hijo se le va a designar por el juez un curador *ad litem*.

Estas hipótesis tienen un común denominador respecto a lo prescrito en el artículo 19 de la Ley 19.968, toda vez que esta norma señala que se designará un curador ad litem al niño, niña o adolescente en dos casos:

- Cuando carezcan de representante legal, caso que podría asimilarse a la inhabilidad del padre o la madre.
- O cuando por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes y contradictorios con los de aquel, a quien corresponda legalmente su representación. Casos que pueden asimilarse a aquellos en que padres e hijos actúen como demandantes o demandados entre sí.

Sin embargo, como se señalaba anteriormente, debido al objeto sobre los que versan los juicios de familia, en que la mayor parte de las veces si se encuentran involucrados derechos de los niños, como otras tantas veces los NNA, actúan como verdaderas partes en los procesos judiciales, es que en general, deberían actuar siempre representados por un tercero, en este caso, un curador ad litem. Al respecto doña María Sara Rodríguez, señala que “la representación legal es una función residual y excepcional, varias razones apuntan en esta dirección. Primero, el Derecho civil reconoce bastante autonomía a los menores, que se consolida y crece a partir de la pubertad. Segundo, la representación legal es una función operativa solamente en el ámbito patrimonial, es decir, cuando los hijos tienen bienes adquiridos a título gratuito, entre vivos o por causa de muerte. Tercero, es cierto que son numerosos los casos en que las leyes llaman a los representantes legales; a suplir o asistir la voluntad de un menor de edad, pero estas actuaciones corresponden a los progenitores en función de su deber de vigilancia y cuidado, o en función de su deber de crianza y educación de los hijos; pero no son actuaciones representativas propiamente tales. Cuarto, el fundamento de la responsabilidad civil de los padres es la infracción a su deber de

vigilancia y cuidado, e incluso al deber de educar a los hijos; pero no la representación legal.”³⁸

Por lo expuesto, si entendemos que la representación judicial que regula el Código Civil es la que se refiere al ámbito civil patrimonial de los actos de NNA, queda despejada la idea de que en materia del ejercicio de sus derechos humanos y aquellos especialmente garantizados en la CDN, los niños, niñas y adolescentes se miran desde esa óptica como sujetos de derecho.³⁹

Por los fundamentos señalados se puede sostener que existe otra importante distinción entre las reglas de representación del Código Civil y la del artículo 19 de la Ley 19.968 que crea los tribunales de familia, y es aquella que dice relación con quien es designado curador *ad litem*, en el Código Civil no se señala que personas pueden ser designadas curador *ad litem*, no está claro por tanto, si debe ser o no un abogado u otra persona de confianza de los padres por ejemplo. La única regulación que hay al respecto es bastante escueta y nada dice acerca de quien es esta persona que detendrá este cargo.⁴⁰

El artículo 19 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, en cambio, deja claro que quien ejerza el cargo de curador *ad litem* del niño, niña o adolescente debe ser un abogado, y no un abogado cualquiera, si no uno perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa promoción o protección de sus derechos. Por lo que, podemos concluir que para el caso de representación de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia, el abogado que actúe en representación de los niños, niñas o adolescentes, debe estar especializado en materias que digan relación con esta especial defensa.

El nombramiento de *curador ad litem* en materias de familia, debería ser la regla general, siendo por tanto excepcional, la representación del padre, la madre o su guardador.

³⁸ RODRIGUEZ, María Sara, Una relectura de la función tutiva persona y los bienes de los hijos, op. cit.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Del curador *ad litem* se refieren dos artículos en el Código Civil, el art. 494 y 495.

2.4 Facultades y competencias que otorga la ley 19.968 al curador *ad litem*.

El ámbito de competencia del curador *ad litem* está regulado en el inciso tercero La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz, por el sólo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

Del texto del artículo 19 de la Ley 19.968, se desprende que su principal función consiste en representar al niño, niña o adolescente en todas las actuaciones judiciales, entendiendo por tales todas las gestiones a que de lugar la causa en que se le designa. Según Casarino: “Las actuaciones judiciales pueden definirse como toda resolución, notificación, diligencia o acto de cualquiera especie, que se consigne en un procedimiento judicial, autorizado por el funcionario a quien la ley confiere esta facultad, incluso escritos después de presentados y agregados a los autos.

En cuanto a su origen, las actuaciones judiciales son actos emanados, ya de las partes, podemos mencionar la demanda y la contestación a la demanda; y entre las más sobresalientes del tribunal, la sentencia definitiva”⁴¹

Si el curador *ad litem* es un abogado que se le faculta a actuar en todas las actuaciones judiciales, y si las actuaciones judiciales son actos que pueden ser realizados con cierto conocimiento técnico, si además estos actos emanan de las partes, se puede concluir que estos actos entonces deben ser ejecutados por un abogado, y este abogado representaría el interés de una parte del juicio.

Además se le faculta a ir más allá de dicha causa e incluso actuar como querellante en un proceso penal, no es mi intención extenderme en esta parte, sin embargo, no deja de ser llamativa esta facultad considerando que la persona designada generalmente es especialista en materias de familia, y su ámbito laboral generalmente es dentro de los tribunales de familia, por lo que, como se verá más adelante, resulta poco práctico que este abogado además deba concurrir ante los

⁴¹ CASARINO, Mario, Manual de Derecho Procesal, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, Sexta Edición, Santiago de Chile, septiembre 2009, p.76

Juzgados de Garantía. Como comentario por lo pronto se puede señalar que con este inciso se está facultando al curador para actuar más allá de su labor de representante para la *litis*, o sea para el caso en particular y se le está dotando de funciones procesales, como las de ejercer incluso acciones fuera del procedimiento de la ley que Crea los Tribunales de Familia, competencias que sólo puede realizar un letrado, no así un representante común como podría ser su padre, su madre, tutor o curador general.

La clase de representación es subsidiaria y facultativa, es decir, es subsidiaria ya que sólo será necesaria para aquellos casos en que los niños, niñas y adolescentes carezcan de representante legal o teniéndolos, sus intereses sean contradictorios con éstos, sólo en esos casos y es facultativa porque es una opción que queda a discreción del magistrado que conozca del asunto, se le designará un abogado de las instituciones que dicha norma establece. Esto podría conducir a cierta desigualdad en los procesos, ya que ¿qué sucedería si, existiendo un interés contradictorio, el sentenciador, no lo distingue y estima la prescindencia de un curador *ad litem*? Esta pregunta no es baladí, de hecho muchas veces, se resuelven litigios en los tribunales de familia, sin la comparecencia de un curador, habiendo intereses a lo menos independientes. Como se mostrará más adelante, el nombramiento de curador *ad litem*, se realiza en mayor medida en causas relativas a aplicación de medidas de protección por vulneración de derechos, y muy escasamente en materias como cuidado personal, relación directa y regular, adopción o causas de acciones de filiación.

Dicho lo anterior, la naturaleza jurídica del curador *ad litem*, es decir el tipo de representante, pareciera ser que es la de un abogado del NNA, pero siéndolo no se podría sostener que constituiría un verdadero derecho a la defensa, como se verá más adelante, ello porque la garantía del derecho a la defensa no sería igualitaria para todos los NNA, quedando condicionado el ejercicio del derecho a criterio de la judicatura.

De estas primeras conclusiones, se desprende que la denominación “curador *ad litem*” que consagra el artículo 19 de la Ley 19968, no es la más asertiva, puesto que esta institución parte de la base de la falta de capacidad para actuar en la vida jurídica, concepción, que como se verá, pugna con el nuevo paradigma de entender a

los NNA como sujetos de derecho, ello trae consigo que sus funciones, puedan ser interpretadas y que en definitiva, su verdadero rol, sea entendido de manera diversa por la judicatura o por quien está detentando el cargo.

“La figura del *curador ad litem* o curador especial que supone la incapacidad de poder discernir por si, pues esa es la esencia de la curatela como instituto de protección, está reñida con la posición que sustentamos.

El curador por su propia definición defenderá el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando mediatizada, o directamente desconocida, cual es su opinión. Se vuelve un sucedáneo de los representantes tutelares de los niños.”⁴²

“La regla establecida en el artículo 19 de la Ley 19.968 no consagra un derecho la defensa jurídica y la práctica de los operadores del sistema no ha hecho más que reafirmar esta situación. En efecto, la regla establece que la designación opera siempre que se den ciertas hipótesis, tales como la falta de representante, los intereses contradictorios con los padres, o el interés independiente.

El sólo hecho de que no se vincule la existencia de derechos comprometidos directa y necesariamente con la posibilidad de asignar una defensa para el NNA, impide que se pueda llamar a éste un “derecho”, puesto que tener un derecho supondría la posibilidad de ejercerlo. Sostener que el artículo 19 de la Ley 19.968 establece o puede ser la base de un derecho de defensa es auto contradictorio.”⁴³

Existe la necesidad de delimitar las funciones y ámbito de competencias de esta figura, ello, porque, los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, bajo el amparo de un ordenamiento jurídico que debe estar a la altura de los Tratados Internacionales que nuestro propio país ha ratificado.

⁴² PÉREZ, Ricardo, Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes. Justicia y derecho del niño, Unicef, (9): 256, Santiago, Chile, 2007.

⁴³ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2015). Estudio “Análisis del sistema actual de representación judicial de los niños, niñas y adolescentes por curadores ad litem y propuesta de un sistema de acceso a la justicia en el marco de un Sistema Integral de Garantías de Derechos” realizado por Ignacio De Ferari Vial y equipo adjunto. Santiago, Chile.

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS CAPACES DE EJERCER SUS DERECHOS EN JUICIO

1. Principios y derechos que inspiran la representación de los NNA en los procesos judiciales ante los Tribunales de Familia.

Este capítulo tiene por objeto, demostrar los fundamentos dogmáticos que justifican la idea de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y como tales, se les debe reconocer la facultad de ejercer sus derechos en un juicio.

En nuestro país, como ya se ha señalado, la única institución que por mandato legal regula la representación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en un juicio de familia, es la del *curador ad litem*, es por eso que en esta parte del trabajo, se hará una relación entre los principios que inspiran la creación de esta institución, para lograr determinar si con la instauración de la institución *curador ad litem*, se estaría asegurando el ejercicio de los derechos de los NNA y en caso de ser positiva la respuesta, cuales serían estos.

Señala Cançado, a propósito del advenimiento del niño como sujeto de derecho, que: “En la base de todo ese notable desarrollo, encuéntrase el principio del respeto a la dignidad de la persona humana, independientemente de su condición existencial. En virtud de ese principio, todo ser humano, independientemente de la situación y las circunstancias en que se encuentra, tiene derecho a la dignidad.

Este principio fundamental encuéntrase invocado en los preámbulos de la Convención de las naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, así como en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Figura igualmente en el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

También se encuentra recogido- como no podría dejar de ser- en la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, cuando esta se ubica, en la escala de los valores fundamentales, la salvaguarda de 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 madurez y vulnerabilidad, requieren protección especial,

que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad y con respecto al Estado (parr 93).”⁴⁴

Es fundamental entender que las fuentes del derecho, no sólo están compuestas por el derecho interno, sino también por los Tratados Internacionales que nuestro país a lo largo del tiempo ha ido ratificando. Esta afirmación encuentra asidero en el artículo 5 de la Constitución Política, que en definitiva es una de las estructuras más fuertes que se han tenido y se tienen para la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia. Prescribe esta norma que: “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 de los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.⁴⁵

En esta línea la profesora Cecilia Medina indica que: “todos los derechos que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía. “La enmienda al inciso segundo del artículo 5 obedece principalmente al hecho de que, de manera casi uniforme, se considera que se ha elevado a los tratados internacionales que consagran derechos humanos a rango constitucional.”⁴⁶

La misma autora desglosa esta norma señalando que: respetar los derechos humanos puede ser entendido de manera mínima como la obligación del estado de no violarlos, sin embargo, la obligación de respetar comprende también la de reconocer estos derechos, de tal manera que su goce y ejercicio sean posibles, lo que implica el establecimiento de recursos para protegerlos y de otras normas destinadas a ese efecto, como por ejemplo la creación de tipos legales civiles o penales para proteger a los individuos de los actos de particulares.⁴⁷ Este es el primer argumento para estimar porqué nuestro país está compelido a modificar su estatuto legal interno respecto a los derechos de los NNA y la creación de una serie de normas para dar vida, movimiento o acción a éste y otros Tratados Internacionales cuyo contenido verse sobre derechos de

⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio, “El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión”, op. cit, p. 146-147

⁴⁵ Artículo 5, Constitución Política de la República de Chile, CHILE.

⁴⁶ MEDINA, Cecilia, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno, Constitución Tratados y Derechos Esenciales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación: 45-53

⁴⁷ MEDINA, op. cit.

la infancia y la adolescencia, entendiéndola además, que se trata de personas, con derechos humanos, al igual que cualquier individuo y el por qué se debe continuar con esta tarea. En tal sentido se concluye que en su obligación de respetar este catálogo de derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, es que se han creado y se deben seguir creando una serie de normas para dar cumplimiento al mandato constitucional. Continúa la autora señalando que: “la promoción es esencialmente activa, requiere del estado la realización de actividades para dar a conocer la existencia de los derechos humanos, contribuir a que se genere en el país una cultura de derechos humanos y, además perfeccionar constantemente su ordenamiento jurídico interno con el fin de posibilitar cada vez más el goce de estos derechos”⁴⁸.

Por lo anterior, por aplicación del artículo quinto de la Constitución Política, nuestro país debe dar cumplimiento a su compromiso asumido al ratificar los tratados internacionales que contienen derechos humanos, más allá, o además del compromiso asumido al suscribirlo, compromiso que es parte del Tratado, ya que a través de la incorporación de esta norma se ha elevado a los Tratados Internacionales cuyo contenido versa sobre derechos humanos, a una categoría constitucional, es decir por sobre el resto de ordenamiento jurídico.

Nuestro país, a través de la ratificación de varios Tratados Internacionales ha incorporado a su derecho interno, mecanismos orientados a crear un estatuto de la infancia y la adolescencia. Si bien la Convención Internacional de los Derechos del Niño, es la norma magna o por excelencia, que garantiza estos derechos, no es la única, puesto que una relación sistemática de otros Tratados permite concluir que el Estado no sólo está obligado a respetar y promover los derechos de los niños por aplicación de dicho tratado, sino que hay una serie de normas internacionales que lo obligan ya que ellas garantizan derechos de los niños, niñas y adolescentes, incluso con anterioridad a la CDN se puede citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículos 7, 30, 31 y la La Convención Americana de Derechos Humanos – Artículos 5, 17, 19

Don Antonio Augusto Cançado Trindade nos señala que a lo largo del siglo XX se articuló el corpus juris de los derechos del niño, en el marco del Derecho

⁴⁸ *Ibidem*.

Internacional de los Derechos Humanos, concebido el niño como verdadero sujeto de derecho. Esto ocurrió con el impacto de la Declaración de los derechos del niño (1959), Convención de los Derechos del niño (1989), así como las Reglas Mánimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Beijing, 1985), y Sobre las Medidas no privativas de Libertad (Tokio, 1990), y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Riad, 1990, además de los tratados generales de derechos humanos)⁴⁹

A través de la revisión de las normas que procuran regular el estatuto de la infancia y la adolescencia podemos articular un verdadero sistema normativo, ya que además de estas normas ya señaladas, el Estado de Chile está obligado a respetar y promover los mismos, en tanto debe acatar las decisiones de la Corte Interamericana, tanto en lo referido a su jurisprudencia consultiva como contenciosa. En base a lo anterior, se puede concluir que existe para Chile, jurisprudencia tanto consultiva como contenciosa de la Corte Interamericana de derechos humanos, ya que ésta se ha pronunciado por los derechos de los niños, por lo tanto es posible recurrir a ella en caso de necesidad de interpretación o conflictos entre el Estado y los particulares (niños) a través de la Comisión Interamericana de los derechos humanos.

Sin perjuicio de lo expuesto, esto es, de que ya había normativa que obligaba a dar protección a la infancia y la adolescencia, se debe reconocer que el mayor impacto sobre la forma de regular y concebir la infancia y la adolescencia en nuestro país fue la ratificación de la CDN, junto con la ratificación de la CDN y por aplicación del artículo 5 inciso tercero de la Constitución Política de la República de Chile, es obligación de los órganos del Estado el respetar el catálogo de derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, lo que se traduce en adaptar la legislación interna a la normativa internacional para dar cumplimiento justamente al mandato constitucional. Además del catálogo de derechos consagrados en la CDN, se consagran una serie de principios. Para el profesor Lepin los principios son “un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que sobre la base de una determinada orientación resuelva el caso, por decirlo de una manera, legislando en cada supuesto particular. Lo que implica un reconocimiento, por parte del legislador, de

⁴⁹ CANÇADO, op. cit, p.147

sus limitaciones, en el sentido de que no puede prever todas las situaciones, y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente⁵⁰

“El Derecho de la infancia moderno, exige que los jueces apliquen las normas sólo en la medida que ellas sean fieles a los principios que sustenta el ordenamiento jurídico. De este modo los principios determinan el ámbito de aplicación de las normas. Esta es una forma de entender el Derecho moderno en el cual los principios, no sólo juegan como criterios de integración, en los términos establecidos por el Código Civil en su artículo 24, sino que los principios determinan el ámbito de aplicación de las normas.”⁵¹

Como ya se había expuesto, lo más relevante de la CDN es que con su entrada en vigencia, se produjo un cambio radical en cuanto a la forma de concebir a los niños, niñas y adolescentes, quienes gracias a la aprobación de este tratado internacional transitan de ser objetos de regulación y protección estatal, a ser sujetos de derechos, dejan de ser “menores” y pasan ser reconocidos como personas, es lo que muchos autores refieren como el paso desde la doctrina de situación irregular, a la doctrina de protección integral.

Esto no significa que anteriormente no hayan sido reconocidos como personas, o que no se protegieran sus derechos, sino que antes esa tutela descansaba exclusivamente en lo que el Estado, los jueces y los padres de esos niños y niñas opinaban que era una buena vida para ellos, pudiendo decirse que sus derechos se encontraban (solo) formalmente tutelados.⁵²

“Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y

⁵⁰ LEPIN, Cristian, El Principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho, vol 40, (2): 515, Santiago, 2013.

⁵¹ BARCIA, Rodrigo, Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia, Punto Lex, Santiago de Chile Thompson Reuters, Santiago,; 377. 2011.

⁵² Ver CILLERO Bruñol, Miguel. De la Tutela a las Garantías Consideraciones sobre el proceso penal la justicia de adolescentes, Revista de Derechos del Niño UNICEF, (2): 53 - 57, Santiago de Chile, 2003,

deberes recíprocos.”⁵³

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. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

“América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.”⁵⁴

“La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos”⁵⁵

De esta forma, y a raíz de ser consecuentes con la ratificación del tratado internacional mencionado, hemos ido incorporando a nuestro acervo jurídico diversos principios que informan el derecho de la infancia y la adolescencia en Chile, siendo el principio rector el del interés superior del niño, del que se tratará a continuación.

1.1 Principio del interés superior del niño

La Convención de los Derechos del Niño, consagra en su párrafo 1 del artículo 3 que: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁵³ CILLERO Miguel, El Interés superior del niño en el marco de la Convención de los derechos del niño, Justicia y Derechos del niño, UNICEF (9): 130, agosto 2009

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ CILLERO Miguel, El Interés superior del niño en el marco de la Convención de los derechos del niño, op.cit.,126.

Respecto a lo que ha de entenderse por interés superior del niño, no existe una definición legal, ni tampoco está definida en la CDN, o en otro tratado internacional y en torno a este concepto se ha discutido bastante, en nuestro país no hay una concepción unívoca en lo que ha de entenderse por interés superior del niño.

RAVETLLAT Y PINOCHET, refieren que: “La cláusula del interés superior del niño, se ha configurado como un concepto jurídico indeterminado, con remisión, para su precisión efectiva, al momento y a la persona encargada de su aplicación, con la correspondiente adecuación del mandato legal a cada caso concreto que pudiere plantearse”.⁵⁶

“El mentado principio tiene, por tanto en el Derecho civil chileno, una composición necesariamente genérica, abierta y flexible, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social que de antemano, no puede ser prevista en su totalidad y a los cambios que vayan suscitándose con el devenir del tiempo.”⁵⁷

Sin embargo, en la actualidad las modernas concepciones en esta materia, apuntan a entender que el interés superior del niño, es en definitiva su reconocimiento como sujeto de derechos, es así como los autores BAEZA CONCHA y PÉREZ CABRERA, señalan que “el interés superior del niño implica que éste sea considerado no como una propiedad de sus padres, sino como un sujeto de derechos, una persona que tiene derecho de protección, asistencia y educación”⁵⁸, para el autor CILLERO: “el interés superior del niño es nada más y nada menos que la satisfacción integral de sus derechos”.⁵⁹ “Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a

⁵⁶ RAVETLLAT Isaac, PINOCHET Ruperto, “El interés superior del niño, en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno”. Revista Chilena de Derecho, 3, (42): 930, 2015.

⁵⁷ Ididem.

⁵⁸ BAEZA Concha G. y PEREZ Cabrera, J., Los Nuevos Tribunales de Familia, Procedimiento Ordinario, 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, Noviembre 2010, p. 61

⁵⁹ CILLERO Bruñol, Jaime El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en García Méndez, Emilio; Belló, Mary (Comp.), Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Ed. Temis/Ediciones Depalma, Bogotá/Buenos Aires, 1998, p. 84.

lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior.”⁶⁰

El profesor Lepin sostiene que “este interés está unido al ejercicio de sus derechos fundamentales, los que deben ser respetados en las distintas etapas de desarrollo de la niñez. De esta forma, el interés superior 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 colisión de derechos.”⁶¹

“Ahora bien, definir al interés superior del niño en referencia a los “derechos” del niño, en lugar de hacerlo –por ejemplo– en referencia a su “bienestar”, no debe quedarse en un mero cambio de palabras. Es perfectamente posible seguir empleando este principio con lenguaje de derechos para decidir de modo arbitrario sobre la vida de un niño de acuerdo a las propias preconcepciones sobre moralidad o normalidad. Por ello, en la Convención de los Derechos del Niño –una carta de derechos que reconoce al niño como sujeto de derechos, con autonomía para ejercerlos–, la reconducción del interés superior del niño a los derechos implica algo más: implica, sobre todo, que para definir el interés superior de un niño será determinante la propia visión del niño, como titular de los derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos. Un titular de derechos reclama para sí un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos.”⁶²

1.2 Convención de los Derechos del niño en relación a su derecho a actuar ante un tribunal.

Si un titular de derechos reclama para sí un rol protagónico en la decisión de cómo ejercerá sus derechos, necesariamente debemos concluir que a ese sujeto de

⁶⁰ CILLERO Miguel, *El Interés superior del niño en el marco de la Convención de los derechos del niño*, op.cit, p.134.

⁶¹ LEPIN, Cristian, *Los Nuevos Principios del Derecho de Familia*, Revista Chilena de Derecho Privado, (23):34, Santiago, Chile, Diciembre, 2014.

⁶² COUSO, Jaime. El Niño como sujeto de derecho y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho del niño a ser oído, *Revista de Derechos del Niño*, (3 y 4): 148, UNICEF. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2006.

derechos, se le debe, necesariamente otorgar la facultad de ejercer sus derechos ante un Tribunal.

La pregunta que corresponde hacerse es si la Convención de los derechos del niño, reconoce expresamente este derecho y si no lo reconoce expresamente que es lo que garantiza en este sentido.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño señala que:

“ 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

De acuerdo a esta norma, se desprende que en primer término lo que se está garantizando es que para aquellos niños que puedan formarse un juicio propio, a quienes, se les facultará para expresar su opinión libremente, en todos aquellos asuntos que los afecten directamente, y su opinión será considerada debidamente, no se detalla como será ponderada la opinión de éste, sólo se especifica a continuación que ello se realizará en relación a su edad y madurez. En esta primera parte de la norma, entonces se consagra la idea de que aquellos que sean capaces de formarse un juicio propio serán oídos directamente sin necesidad de representante, es lo que desarrollan los autores MILLAN y VILLAVICENCIO, interpretando esta norma como una posibilidad de que se pueda ejercer una autodefensa y refieren que: “La autodefensa consagrada en la Convención debe ser interpretada de un modo amplio y no debe circunscribirse exclusivamente a la idea que el juez debe escuchar al niño, niña y adolescente respecto de los puntos que a él le interesan, como si la opinión de éstos fuera un medio de prueba más. Por el contrario, creemos que la única interpretación consistente con el artículo analizado es darle al niño, niña y adolescente la más amplia

oportunidad de defenderse y plantear sus intereses de conformidad con el mecanismo procesal que corresponda, según sea el caso.”⁶³

Luego, en una segunda parte de la norma se vuelve a reafirmar la idea de que los niños deben ser escuchados en todo procedimiento judicial, indicando que este derecho puede ser ejercido sin intermediación de representante, o con ella, indicando en este sentido que el niño será siempre escuchado en todo procedimiento judicial que lo afecte, y que la forma de hacerlo, va a ser a través de un representante o un órgano apropiado, dejando abierta la posibilidad de que cada Estado adopte el modelo que sea consecuente con las normas de derecho interno.

En conclusión, se recoge la idea de que los niños deben ser representados en juicio, sólo en aquellos casos en que no puedan comparecer por sí solos, ya que aquellos niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio podrán ser escuchados libremente, para los demás se les escuchará a través de un representante u órgano apropiado, dejando abierta la alternativa de que cada Estado lo regule.

Esta norma no especifica que tipo de representante es aquel que actuará por el niño, no detalla si este representante constituye una defensa técnica o es una persona de confianza de niño, un pariente etc. Sin perjuicio de ello, es rescatable que al menos a partir de esta norma, específicamente la del artículo 12.2 de la Convención, se constituya un piso mínimo, que establece una auténtica obligación positiva para los Estados de diseñar mecanismos de representación de niños, niñas y adolescentes, es decir de hacer efectiva esta garantía, por ello, “cualquier regulación legal de esta materia, debe ser clara respecto a las calidades o requisitos que debe reunir ese representante, por cuanto se corre el peligro de omitir la referencia explícita a que dicha persona puede ser un simple curador ad litem o poder ser un abogado, incluso en términos dogmáticamente correctos, un letrado especializado en infancia”⁶⁴

Respecto a esta materia de la representación de los niños en juicio, la Observación General N°12 del año 2009 del Comité de los derechos del niño, recomienda que: “siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento.

⁶³ MILLAN, Patricio y VILLAVICENCIO, Luis, La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección, Revista de Derechos del Niño (1): 65, Universidad Diego Portales, UNICEF, Santiago de Chile, 2002.

⁶⁴ *Ibidem*.

El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos, (civiles, penales o administrativos), hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños.

El representante deberá ser conciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño.”⁶⁵

De acuerdo a esta recomendación se puede desprender que el Comité de los derechos del niño, no exige que los niños sean necesariamente representados por un abogado, en definitiva el representante podría ser cualquier persona que sea capaz de dar la debida diligencia a los intereses del niño, tampoco se especifica que deba velar por sus derechos, habla de intereses, pero ya hemos concluido que intereses debe ser entendido como derechos del niño.

Por otra parte el artículo 40 de la CDN, que señala, a propósito de los NNA infractores de Ley Penal, el derecho a disponer durante todo el proceso de una asistencia jurídica y otra asistencia apropiada en la preparación y representación de su defensa y que el juicio se llevará a cabo en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado. Si bien, esta norma se ve restringida a los NNA enfrentados al procedimiento penal, “esta garantía debe extenderse a todo niño, niña o adolescente que se vea afectado ya sea por un procedimiento administrativo o judicial, por lo que

⁶⁵ Ver Observación General N° 12, “El Derecho del Niño a ser escuchado”, Comité de los Derechos del Niño, Ginebra 25 de mayo a 12 de junio de 2009. www.unicef.cl [consulta: 8 de diciembre de 2015.]

debe incluirse otros procedimientos judiciales además de los de NNA infractores de ley penal.”⁶⁶

1.3 Principio de autonomía progresiva

Al inicio de este capítulo se señaló que a partir de la Convención de los Derechos del niño, éstos pasan a ser reconocidos como sujetos de derechos, como personas igual a todas, y no como seres humanos incapaces o con facultades disminuidas, como era anteriormente. En este contexto ya no se “define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad. Ser niño no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.”⁶⁷ Pero, el propio ordenamiento jurídico no reconoce a los niños, niñas y adolescentes con plena autonomía para ejercer sus derechos, debido a consideraciones fácticas, que lógicamente tienen que ver con que son individuos en desarrollo, en este sentido cobra importancia este principio de autonomía progresiva.

En la CDN, no se explicita esta denominación y al respecto este nombre obedece a una creación más bien doctrinal, a propósito de lo señalado en la Convención de los Derechos del Niño prescribe en su Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación

⁶⁶ MILLAN, Patricio, VILLAVICENCIO, Luis, op. Cit., p 23

⁶⁷ CILLERO Bruñol, Miguel. Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios, Montevideo, 1999, <http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf >[consulta: 4 de diciembre 2015]

apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Es lo que el autor CILLERO ha denominado el principio de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos. En este sentido refiere que: “El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía. Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres -que a su vez son límites a la injerencia del Estado, es decir derechos de los padres frente al Estado”⁶⁸

“Los niños aparecen en esa disposición como titulares de derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos (no existe una facultad de los padres u otros adultos de representar a los niños en el ejercicio de derechos fundamentales, como sí ocurre, en cambio, en relación con ciertos derechos del ámbito civil). A los padres o adultos responsables de su cuidado, por su parte, se les reconoce la facultad, el derecho y el deber de impartir al niño dirección y orientación adecuadas para que el niño ejerza sus derechos. Finalmente, la forma que adoptará esa tarea de dirección y orientación irá variando conforme evolucionen las facultades del niño: no será igual respecto del ejercicio de derechos por parte de un niño de ocho años que respecto de un adolescente de dieciséis.”⁶⁹

Por su parte, MILLÁN Y VILLAVICENCIO, señalan que del artículo quinto de la Convención se puede deducir que el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es progresivo en razón de la evolución de sus facultades y que a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir la orientación y dirección apropiadas para que aquéllos ejerzan los derechos reconocidos por la Convención. Además, el mismo artículo consagra el principio de no intervención del Estado en las responsabilidades, derechos y deberes de los padres y la familia, en su caso, para cumplir adecuadamente el rol que ya ha sido apuntado.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ COUSO, *op cit.*, p. 150

Los niños, niñas y adolescentes son, entonces, sujetos de derecho que desarrollarán gradualmente el ejercicio de sus derechos conforme al principio de autonomía progresiva. Para asegurar este tránsito, la Convención encomienda a los padres o la familia un específico deber de orientación destinado precisamente a preparar el camino hacia una ciudadanía plena. En suma, los titulares de los derechos son los niños y niñas y no otros sujetos o algún tipo de interés colectivo o difuso difícil de determinar, y el desarrollo de éstos implica un proceso continuo en que irán adquiriendo un mayor grado de autonomía hasta llegar a la plena capacidad de autogobierno que les permitirán dotarse para sí de los planes de vida que parezcan más conformes a sus convicciones y modos de habitar el mundo.⁷⁰

Este principio entonces, (el de la autonomía progresiva), está absolutamente vinculado al ejercicio de su derecho a ser oído, y a que su opinión será ponderada en función de su edad y madurez, la autora argentina Mariza HERRERA, señala al respecto que: “otro de los dispositivos claves en relación a la autonomía progresiva se refiere al entrecruzamiento obligado con el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes, reforzándose así la columna vertebral de la Convención: la idea de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.”⁷¹

1.4 Principio de no discriminación

El artículo segundo de la CDN, señala que: 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, color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico, social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.⁷²

El Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de migrantes, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes,

⁷⁰ MILLÁN Patricio, VILLAVICENCIO Luis, op. cit., p 21.

⁷¹ HERRERA, Marisa, Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de los niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el Derecho Argentino, Justicia y Derecho del Niño, Sección Primera, Artículos para el debate, (11): 114, Unicef, Santiago de Chile, Primera Edición, octubre, 2010.

⁷² Artículo segundo Convención Internacional de los Derechos del Niño

comunidades y pueblos indígenas, señala que, el principio de no discriminación, obliga a juzgar con perspectiva de infancia, sosteniendo que ésta tiene características particulares en relación a su desarrollo cognitivo, emocional y moral que le impiden ejercer ciertos derechos, como el de acceso a la justicia, en consecuencia son necesarias adecuaciones procesales que permitan una participación plena de niñas, niños y adolescentes. Para los juzgadores, una de sus obligaciones implica verificar que exista una representación adecuada del niño y en caso de no estar garantizada suplirla. Esta se vuelve una obligación general para concretar la igualdad en acceso a la justicia.⁷³

Sin embargo, como vimos anteriormente en el caso del artículo 19 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia, el nombramiento de un *curador ad litem* para los NNA, no ocurre en todos los casos, sólo operará la designación para los casos en que los NNA, carezcan de representante legal, o cuando sus intereses sean independientes o contradictorios, con aquel que naturalmente actúa como su representante legal, y este criterio será resuelto por el juez, en el caso concreto, por lo que perfectamente podría ocurrir el caso de que un NNA no se le designe representante, no obstante ameritar el nombramiento de curador *ad litem*. Para este caso, la solución sería invocar el mecanismo de control que la propia norma prescribe, consistente en la facultad de reclamar su designación, por las mismas personas que pueden ser designadas *curador ad litem*, o de cualquier persona que tenga interés en ello, sin embargo, no siempre se podrá conocer de los casos en que no se designe curador *ad litem*, debiendo hacerlo, lo que podría traer consigo una vulneración a este derecho de no discriminación.

Por otra parte las personas que pueden actuar como curador, son diversas, la ley no encomienda esta misión sólo a un determinado órgano o institución, lo que también podría propender a generar desigualdades en este sentido, ya que no todas las instituciones cuentan con la preparación necesaria, ya sea por falta de recursos, ausencia de especialización, o por falta de expertiz.

⁷³ Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de migrantes, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, <http://servicios.pjud.cl/DAI/pdf/publicaciones/ninas_ninos.pdf,[consulta: 25 de noviembre 2016]

2.- El derecho del niño a ser oído ante un Tribunal.

2.1 El derecho del niño a ser oído en la Convención de los Derechos del niño

Este derecho se encuentra regulado en el ya citado el artículo 12 de la CDN, a propósito de la representación en juicio de los niños, niñas y adolescentes, en esta norma se señala que: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”

La Observación General N°12 del año 2009 del Comité de los derechos del niño, analiza que recae así sobre los Estados partes, la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.

Luego se establece la posibilidad de que el niño, no ejerza este derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.

En esta norma del artículo 12 de la CDN se especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias.

El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo denuncias de malos tratos y recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción. Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.

La obligación de escuchar u oír al niño, impone al Estado Parte garantizar, es decir, no sólo hacer posible, sino asegurar que el niño pueda expresar lo que tenga que decir sobre la situación concreta en estudio, no se reduce a la expresión verbal del adolescente que puede expresar plenamente su opinión, sino que abarca otras formas de expresión no puramente verbal. Por ejemplo, las reacciones psicossomáticas de los niños pequeños relativas a la aceptación o rechazo de regímenes de visitas, de situaciones de tenencia y otras.⁷⁴

BAEZA CONCHA y PEREZ CABRERA sostienen que: “a pesar de los avances logrados mediante la consagración de este principio, no existe hasta el presente norma que determine la forma en que deba procederse al ejercicio de este derecho ni que imponga de un modo expreso el deber del juez de escuchar al niño, niña o adolescente en todos los procedimientos en que puedan verse involucrados sus derechos, salvo las referencias hechas anteriormente, dejando actualmente un amplio ámbito de discreción al juez, en cuanto a la forma como han de ser oídos.”⁷⁵

2.2. Formas en que el niño puede ser escuchado en un juicio en los tribunales de familia en Chile.

En nuestra legislación, además de lo prescrito en la Convención, se establece el derecho del niño a ser oído, tanto en el artículo 16 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia, como en la Ley de Adopción de Menores y otros cuerpos legales, pero

⁷⁴ PÉREZ, op. cit p.254

⁷⁵ BAEZA, CONCHA, Op. cit, p 63.

más allá de lo que el derecho interno puede prescribir, la obligación del juez de oír al niño, niña o adolescente, emana del principio del interés superior del niño, inspirador de los principios que orientan los juicios que versan sobre materias de familia, por lo que obliga al juez entonces a aplicar este principio como función integradora. Como ya se señaló el interés superior del niño dice relación con la satisfacción de sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por lo que no es posible satisfacer este derecho, sin permitir que éste ejerza su mínimo derecho que es el de ser oído y que se tenga en cuenta su opinión.

Nuestra legislación, consagra el interés superior del niño y su derecho a ser oído, niña o adolescente, señalando al respecto que: “Interés superior del niño, niña y adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el derecho del goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”⁷⁶

De esta manera, se puede desprender que la ley recoge la concepción del interés superior del niño justamente en relación a la satisfacción integral de sus derechos. De esta norma además se colige y confirma que hay una estrecha relación entre el principio del interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído.⁷⁷

En nuestra legislación no se regula en detalle la forma en que se ejercerá el derecho del NNA a ser oído, sólo se indica en diversas normas la consagración de este derecho, una de las formas en que los NNA pueden intervenir en juicio, es en calidad de testigos, se reconoce la procedencia de la declaración testimonial de un niño, niña o adolescente en juicio, en la misma línea, el Consejo Técnico del tribunal debe prestar el debido asesoramiento al juez acerca de la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente en un procedimiento judicial.⁷⁸

Dentro de los procedimientos de aplicación de medidas de protección, se exige expresamente al juez, el deber de escuchar al NNA, indicando que en este procedimiento, se deben tener debidamente en cuenta sus opiniones, se debe tener presente que este es uno de los tres procedimientos contenciosos regulados en la ley

⁷⁶ Artículo 16 de la Ley 19.968

⁷⁷ Artículo 16 inciso segundo Ley 19.969: “El interés superior del niño 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 decisión”

⁷⁸ Artículo 41 de la Ley que crea los Tribunales de Familia.

19.968 y que dice relación con una materia bastante específica, esto es el caso de vulneración o amenaza de derechos de NNA, es por ello que en este caso se establece expresamente el deber del juez de escuchar y además tener debidamente en cuenta sus opiniones.⁷⁹ Luego la norma indica la forma y momento en que deben ser escuchados, al respecto señala que pueden ser escuchados, o en audiencia, preparatoria o en audiencia de juicio, o en otra audiencia especialmente fijada para estos efectos, en cuanto a la forma, se señala que el juez deberá velar por que estas audiencias se realicen en un ambiente adecuado, cautelando su integridad física y psíquica.⁸⁰ Por su parte, el artículo 79 de la ley 19.968, consagra el derecho de audiencia con el juez, señalando que en los casos en que se encuentre vigente una medida de protección, los NNA tendrán derecho a ser recibidos personalmente por el juez, ya sea a solicitud del propio NNA o de uno o ambos padres, y de las personas que se encuentren bajo su cuidado o del director del establecimiento o responsable del programa en que se cumple la medida.⁸¹ En este caso se consagra el derecho a ser escuchado en el contexto del cumplimiento de una medida de protección, es decir en una etaoa posterior la dictación de la sentencia definitiva, ellos se desprende de la redacción de la norma, con la expresión “casos en que se encuentre vigente una medida de protección”. Una de las particularidades de esta norma, dice relación, con la posibilidad de que sea el propio NNA quien solicite audiencia con el juez, en otras normas relativas al derecho a ser oído, no se señala esta alternativa.

Por su parte el artículo 105 de la misma Ley consagra el interés superior de los NNA y como manifestación de dicho principio, ordena la citación al niño, niña o adolescente al proceso de mediación familiar cuando su presencia fuere indispensable para el desarrollo del mismo.⁸²

⁷⁹ Artículo 69 de la Ley 19.968: “Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez.

⁸⁰ Así se indica en el inciso final del artículo 69 de la ley 19.968. “Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.”

⁸¹ Artículo 79 “Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes, respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por si mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente.”

⁸² Artículo 105 ley 19968: “ Principios de la mediación. Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios: e) Interés superior del niño, por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior

El artículo 3° de la Ley de Adopción de Menores N° 19.620, recoge de manera directa la obligación de escuchar al niño, niña o adolescente, utilizando, eso sí términos distintos a los recogidos en la Convención de los Derechos del Niño y Ley 19.968, primeramente es destacable señalar que esta ley utiliza la expresión “menores”, (de hecho la ley se titula Ley de adopción de menores). Refiere además, que no sólo se deberán tomar en cuenta las opiniones del menor, sino que además agrega que, en caso de los menores adultos, éstos, previamente deberán prestar su consentimiento frente a la posibilidad de ser adoptados, indicando que este consentimiento será necesario, por tanto, en este caso, no sólo se está considerando el derecho del menor adulto (adolescente), ser escuchado, sino que su comparecencia constituye una calidad especial, que en mi opinión es conferirle la calidad de parte en el proceso, puesto que en materia de adopción los interesados en ella, son justamente el adoptante y el adoptado, sin embargo, es lamentable que este reconocimiento sea sólo para menores adultos, para estos casos, justamente debería obligatoriamente intervenir un curador *ad litem*, más aún para aquellos NNA, que no están dentro de los rangos de ser considerados menores adultos.⁸³

Otra manifestación del derecho del niño a ser oído está dada por el artículo 227 del Código Civil, que dentro de las normas reguladoras del cuidado personal de los hijos, exige que éstos sean escuchados, no se indica la forma, ni ponderación de su opinión.⁸⁴ Sin embargo, esta norma debe ser relacionada con el artículo 225-2 que señala que para determinar el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se establece que se considerará y ponderará conjuntamente con otros

del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos, sólo si su presencia es estrictamente indispensable, para el desarrollo de la mediación.

⁸³ Artículo 3 Ley 19.620 “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 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”.

⁸⁴ Artículo 227 inciso 1 C.C: “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes”

criterios, la opinión expresada por el hijo⁸⁵. De esta forma, según esta norma, en materia de cuidado personal, la opinión del niño, constituye uno de los criterios que el juez deberá tener en consideración para resolver en definitiva.

En la ley de matrimonio Civil N° 19.947, también se consagra el derecho de los NNA a ser oídos Artículo 85 Ley de Matrimonio Civil⁸⁶. Esta norma indica que en los casos de separación, de nulidad de matrimonio y divorcio, cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente su interés superior y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, es decir, para oír al NNA se deberá determinar primero su madurez, concepto subjetivo, no se señalan parámetros de edad, por lo que quedará sujeto el criterio del juez de la causa, el determinar a quien escuchará. Por otro lado, la norma no es clara en señalar a que se refiere con la expresión “comprometidos”, cabe preguntarse, si se oír al NNA: siempre que se regulen materias relativas a los hijos comunes, o cuando las materias reguladas correspondan a un cambio en su actual forma de vivir, como podría ser el caso de que se acuerde un cambio en su cuidado personal, o el establecimiento de un régimen de relación directa y regular, por ejemplo.

Finalmente el artículo 19 de la Ley 19.968, también viene a materializar la idea de que los NNA deben ser oídos en los juicios de familia, siendo una forma de hacerlo, la de escuchar a su representante, las justificaciones de esta afirmación se verán a continuación.

En cuanto a la forma de ser escuchado el Comité de los derechos del niño ha señalado que: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal,

⁸⁵ El artículo 225-2 del Código Civil en su letra f señala que: “En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente las siguientes circunstancias: f) La opinión expresada por el hijo.

⁸⁶ Artículo 85 inciso 2 Ley 19.947: “Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño y oír a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, el resolver todos los asuntos relacionados con su persona y sus bienes.

el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.”

Es muy importante además que el juez cree una relación cercana con los NNA, que baje del estrado, que se siente cerca de ellos, asimismo que sea asistida esta audiencia con un consejero técnico. Por otro lado, el juez debe explicar al NNA, donde está, por qué está en ese lugar y que la audiencia es reservada, por lo que nada de lo que se diga en ella va a ser difundido sin su autorización. En definitiva dar las facilidades para otorgar un ambiente en que sienta protegido y donde pueda expresar libremente su opinión.

2.3. Relación entre la figura del curador *ad litem* y el derecho del niño a ser oído

Pretendo justificar que la instauración de la figura del curador *ad litem* del artículo 19 de la ley 19.968, sería una forma de materializar el derecho del niño a ser oído, al menos ante los Tribunales de Familia.

Como ya se dijo, según el artículo 12 de la CDN, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Más allá de que clase de representante es el curador *ad litem*, esta figura, al menos permite o abre una puerta para que en todos los casos en que se hallen comprometidos intereses de un niño, niña o adolescente, se les designe un abogado para que lo represente en juicio, ello por que justamente los intereses con su padre, o su madre, que sería su representante legal, de acuerdo a las reglas de la patria potestad⁸⁷, son generalmente contradictorios e independientes de los intereses del niño, niña o adolescente, puesto de otra forma el conflicto no se habría judicializado, ya que no existiría conflicto de intereses. Además de esa forma la voluntad del niño, niña o adolescente está representada por una persona que puede velar por que las partes estén en igualdad de condiciones, considerando que las demás partes del proceso, serán representados en juicio por un letrado.

⁸⁷ De conformidad a lo preceptuado en los artículos 225, y 243 y siguientes del Código Civil.

La designación de un curador *ad litem* en las causas de familia, permite que un tercero ajeno al conflicto, pueda conocer de él y solicitar al tribunal las diligencias necesarias tanto para resguardar sus derechos, como para esclarecer su voluntad cuando éste es escuchado, tanto en audiencias reservadas, como en todas las actuaciones del proceso. El curador *ad litem* debe representar al niño en el juicio, no como vocero de éste, ni como reemplazante, ni como guardián del proceso, velando porque éste se lleve conforme a sus ritualidades, sino como parte activa del proceso, el NNA es un sujeto activo del proceso, y siendo una parte activa se requiere que el curador *ad litem* que lo represente, lo haga, para la verdadera realización material del ejercicio de sus derechos garantizados en la CDN.

En este sentido se puede señalar que en la práctica de los tribunales, la mayoría de los jueces permite que los curadores *ad litem* comparezcan junto con sus representados, a las audiencias reservadas, algunos de ellos, permiten que el curador *ad litem* realice preguntas al NNA, esto es de suma relevancia, ya que esta participación permite interiorizar al *curador* aún más de las opiniones de los NNA, y por tanto la forma en que será orientada su defensa.

La figura del curador *ad litem*, además facilita a que, aquellos niños que por su corta edad, no pueden ser escuchados en audiencia reservada, puedan ser oídos a través de su representante.

Otra cosa, distinta es desentrañar la clase de representante que es o debiera ser el *curador ad litem*, y en este sentido, hay otros derechos que estarían en juego, como se verá mas adelante, no es lo mismo satisfacer el derecho a ser oído que el derecho a la defensa jurídica. En efecto, como lo expone el Consejo Nacional de la Infancia, refiriéndose a la distinción entre uno y otro derecho, sostiene: “una cosa es ser oído ante una autoridad que ha de tomar una decisión y otra muy distinta es que dos o más partes tengan idénticas oportunidades de sustentar posiciones y producir medios de confirmación. Como se adelantó, la primera posición parece estar orientada a servir de insumo insustituible a la decisión del juez, quien “debe” hacerse cargo de la opinión del afectado por su decisión. La segunda (la bilateralidad) está orientada a consagrar la idea del proceso como debate dialógico que se basa en la suposición de la falibilidad del juez para encontrar la verdad e interpretar el derecho en una sociedad democrática. Como se aprecia en términos de la autonomía entendida como

autorrealización y el ejercicio de mis derechos, la segunda es más importante que la primera.”⁸⁸

3. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar y ser representados en juicio mediante defensa letrada o técnica.

3.1. La CDN y el derecho a la defensa letrada de los NNA.

Hasta el momento hemos señalado que los NNA, son personas, sujetos de derecho, se ha dejado claro además que esta afirmación emana del reconocimiento de nuestro ordenamiento jurídico, de la Convención de los derechos del niño aplicada como ley de la República desde el momento que es ratificada por nuestro país, en consonancia con el artículo quinto de la Constitución Política de la República, que más aún la Ley que crea los Tribunales de Familia, reconoce como principio rector el del interés superior del niño.

Entonces, si el interés superior del niño, consiste en reconocer a los niños como sujetos de derecho, si los niños tienen derecho a ser oídos en juicio, ya sea por si mismos o través de un representante legal, necesariamente tenemos que concluir que los niños tienen derecho a una defensa técnica en un juicio.

Uno de los derechos fundamentales de la persona, es el derecho a la tutela efectiva, lo que significa la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces, en palabras de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.⁸⁹

En este punto es relevante citar la opinión consultiva 17 sobre el Estado legal y los derechos del Niño, solicitada con fecha 30 de marzo de 2001 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de

⁸⁸ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, op. cit. p 28

⁸⁹ ALESÍ B. Martín, Principios rectores del debido proceso, en Tratado de Derechos de niños, niñas y Adolescentes, Abeledo Perrot, Tomo II, p.2403-2404.

la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana. En criterio de la Comisión Interamericana la consulta tiene como antecedente que en distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los mismos. En esta opinión consultiva, la Corte Interamericana, interpreta ciertos preceptos de la Convención de los Derechos del Niño, en la parte medular da contenido al concepto de lo que ha de entenderse por niño, en tal sentido declaró que: “Que para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42. Y es de opinión “Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.”

Y con respeto a la materia que nos ocupa en esta sección es de suma relevancia anotar lo que los expertos señalaron acerca de la defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁹⁰

Se plantea la necesidad de distinguir entre el derecho a ser oído y el derecho a participar en juicio, partiendo de la afirmación de que la Convención en su artículo 12.2 consagra que la participación judicial del NNA podrá hacerse ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.⁹¹ “Aparece así consagrado el derecho a la defensa por parte de los niños, lo que significa la necesidad de asignar al niño- en el proceso de participación en la construcción de las decisiones que los afecten- la asistencia jurídica necesaria para intervenir útilmente en el proceso.”⁹²

El Comité de los derechos del Niño, en su observación general N°14, señala respecto al derecho a la defensa técnica que: “El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> [consulta: 12 de diciembre de 2015]

⁹¹ Ver PÉREZ, op. cit p. 256

⁹² *Ibidem*.

representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.⁹³

3.2. Capacidad Procesal, y los NNA como partes del proceso.

3.2.1 Capacidad procesal de los NNA.

Para poder sustentar el derecho a la defensa jurídica en juicio, se debe partir de la base, de que quienes requieren la defensa de un letrado son las partes de un proceso, en este sentido, creo que es imposible sustentar un derecho a la defensa si no se reconoce a los NNA, capacidad procesal para actuar el juicio, y además el reconocimiento, cuando sea evidente, que éste es parte del proceso.

Con todo lo que ya se ha recorrido en estas líneas, hay suficiente argumento, para comprender que en nuestro ordenamiento jurídico, están conviviendo dos grandes sistemas regulatorios de los NNA, por un lado tenemos el Código Civil, en que aún persiste entre sus normas la categorización de infantes, púberes, menores adultos etc, todas estas categorías vinculadas con la incapacidad jurídica, además tenemos vigente la Ley de Menores, que ya desde su propio nombre podemos concluir que no se ajusta a este nuevo paradigma de concebir en la actualidad a los NNA, ley, basada en la doctrina de la situación irregular. Por otro lado, tenemos este nuevo sistema que se refiere a las personas menores de 18 años de edad, como niños, niñas y adolescentes, otorgándoles el pleno reconocimiento como sujetos de derechos, reconociendo su autonomía y la facultad de poder ejercer sus derechos. Carece de sentido conferir a los NNA la calidad de sujetos de derechos, si a la hora de ser parte en un proceso judicial, donde se va a decidir sobre el ejercicio de sus propios derechos, se le desconoce la calidad de tal.

Sin embargo, no resulta tan fácil fundamentar la idea de que los NNA tienen capacidad procesal, puesto que la capacidad procesal, en la forma como está concebida, se encuentra ligada al concepto de capacidad que regula nuestro Código

⁹³ OBSERVACIÓN General N°14 (sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* , año 2013. P.

Civil. CASARINO, señala respecto a la capacidad de las partes que: “Hay un principio en Derecho Procesal que dice que para comparecer válidamente en juicio, se requiere tener capacidad para ello. Pero cosa curiosa, el Código de Procedimiento Civil no ha formulado, ningún concepto o regla sobre capacidad para comparecer en juicio, lo que obliga al intérprete a tener que recurrir a la legislación sustantiva o de fondo para determinar esa capacidad procesal, o sea de las disposiciones del Código Civil, Código de Comercio, Código de Minas etc.”⁹⁴

“Sabemos que la capacidad es la regla general y la incapacidad en cambio, la excepción. Aplicando, pues, estos principios, podemos sentar por nuestra parte la siguiente conclusión: para ser capaz de comparecer en juicio se requiere ser persona, es decir sujeto de derecho, y no estar afecto a ninguna causal especial de incapacidad”.⁹⁵ Sabemos además, que dentro de las personas incapaces se encuentran los impúberes y los menores adultos, éstos últimos con incapacidad relativa, para ellos el Código Civil prevé como fórmula de habilitación para un juicio, que éstos sean representados por quien ejerce la patria potestad de los mismos, ósea, su padre, su madre, o ambos, a falta de estos representantes ya sea por ausencia o intereses contradictorios, se le designará un curador *para la litis*.

Claramente, esta forma de concebir a los NNA, como incapaces, y por tanto, carentes de capacidad procesal, pugna, con los nuevos paradigmas impuestos por la CDN, por tanto, esta concepción debe ser reformulada para ser consecuentes con las actuales maneras de concebir a los NNA. De la definición citada recientemente, se desprende que para ser capaz, se requiere ser persona, es decir, sujeto de derecho, por lo que de acuerdo a lo planteado a lo largo de estas líneas los NNA serían capaces procesales, ya que son personas y son sujetos de derecho.

“El hecho de reconocer que los niños y niñas tienen derechos y garantías propios, permite quebrar esa relación natural de similitud entre los derechos e intereses de niños y adultos, ocultadora de los primeros en función de los segundos. Así esta relación deja de ser “natural” y permite su construcción y reconstrucción en clave de la ciudadanía y respeto de los derechos humanos de niñas y niños.”⁹⁶

⁹⁴ CASARINO, op.cit, p 25

⁹⁵ ibidem.

⁹⁶ PINTO Gimol, Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensa Jurídica: El Rol del abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal, en Acceso la Justicia de Niños, Niñas Y Adolescentes,

Así una de las características fundamentales de la CDN es la construcción de una nueva concepción de niño y niña y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, la cual se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica”⁹⁷

En este sentido don Ricardo Pérez plantea que “debe considerarse que el niño, niña o adolescente es titular, portador de todos los derechos en cuanto persona humana. Desde la Declaración Universal de 1948 en adelante, pasando por todo el constitucionalismo, se admite que por el sólo hecho de integrar la especie humana, sin distinción de ninguna especie, hombres y mujeres, niños y niñas tiene capacidad de goce de todos los Derechos Humanos.”⁹⁸

“Respecto a la capacidad de ejercicio de tales derechos, se entiende que existen determinadas circunstancias que colocan a una persona en dificultad o a un impedimento en su ejercicio.”⁹⁹ El concepto de capacidad ha sido reformulado por la CDN, y los institutos de representación legal no han sido afectados por la CDN, que insiste en los derechos y obligaciones del mundo adulto respecto de los niños, pero ahora se aplican a un niño esencialmente diferente por el concepto de autonomía progresiva, el sujeto de derecho niño, con adquisición progresiva de su autonomía ha dejado de ser un incapaz en el ejercicio de sus derechos”.¹⁰⁰

Como señalábamos anteriormente, las actuales concepciones de la capacidad de los NNA en cuanto a sus derechos extramatrimoniales son diferentes aquellas que emanan de los actos jurídicos patrimoniales, por tanto las reglas de representación judicial no pueden ser las mismas, la defensa o disposición de un derecho humano, no puede estar condicionada a la edad o grado de madurez de una persona, claro está que no es lo mismo, la concurrencia en un proceso de un niño recién nacido, a la de un adolescente de 16 años, pero esa no puede ser razón para privar al primero de contar con un defensor que promueva y haga real el ejercicio de sus derechos, ya que ambos

Estrategias de buenas prácticas de la defensa pública, Unicef, Argentina, 2011, p. 58

⁹⁶ PÉREZ, Ricardo, Op. Cit. P. 251

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ PÉREZ, op.cit. p. 251

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ PÉREZ, Ricardo, op. cit., p.256

son sujetos de derecho, su opinión será ponderada de distinta forma, porque un recién nacido no tiene como expresar su opinión.

En esa línea argumental, me permito reiterar las ideas que ya fueron referidas del juez Cançado, en cuanto que los derechos del niño se desprendieron de la patria potestas. En el propio derecho de familia- enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos el niño, en el plano internacional, el fundamento de las autoridad parental pasa a ser el interés superior del niño, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere autonomía propia”.¹⁰¹

Reitero también la postulación de doña María Sara Rodríguez, en cuanto a “la representación legal como un atributo del padre o madre que tiene la patria potestad, la que consiste en una función residual y excepcional. Lo es porque en el ámbito personal parece que no tiene la relevancia que se le atribuye debido a la autonomía progresiva que el Derecho común y los tratados internacionales de protección de la infancia atribuyen al menor de edad. En el ámbito patrimonial, sólo es funcional en los escasos supuestos en que el hijo tiene bienes bajo administración paterna o materna. Podemos afirmar que la representación legal se refiere naturalmente a los negocios judiciales y extrajudiciales relativos a los bienes que tiene el padre o madre en su administración y goce; y no a otros bienes, respecto de los cuales tiene esta representación el curador. La representación legal obedece a la existencia de los peculios y a la menor edad del hijo. Si no hay bienes que administrar, este derecho del padre o madre comprende, solamente una función tuitiva, no propiamente representativa, que se asimila al deber de cuidar del hijo.”¹⁰²

Como lo sostiene Pérez: “ La figura del curador ad litem o curador especial, que supone la incapacidad de poder discernir por sí, pues esa es la esencia de la curatela como instituto de protección, está reñida con la posición que sustentamos”.¹⁰³

Nuñez y Cortes, proponen la siguiente distinción:

- “Niños y niñas, cuentan con una capacidad procesal limitada a ciertos supuestos, cuales son: a) en el procedimiento de aplicación judicial de protección a niños, niñas y adolescentes puede el mismo niño iniciar el procedimiento vía

¹⁰¹ CANÇADO, Antonio, op cit.147-148p.

¹⁰² RODRIGUEZ, María Sara, op cit., pp. 68 – 69

¹⁰³ PÉREZ, op. Cit, p. 256

requerimiento (art.70.I LTF). Hecho lo anterior, el juez debería nombrarle un curador *ad litem* para que lo represente y defienda sus derechos en el juicio respectivo (art. 19 LTF); b) en los procesos que los afectan participan, siempre que se puedan formar un juicio propio y que la sentencia que se dicte en el proceso, aunque no afecte directamente al tercero, ni en su fuerza de cosa juzgada, ni en su fuerza ejecutiva, se erija en hecho constitutivo, modificativo o extintivo de otra relación jurídica de la que el niño tercero es titular. Por ejemplo, el cuidado personal, ya que se falla con cuál de sus parientes el niño va a vivir.” Cumplido lo anterior, se debe dar al niño la oportunidad de ser oído y de participar en el proceso. Se trata de una intervención adhesiva simple, es decir, el niño tercero es titular de una relación jurídica conexa o subordinada que se puede ver reflejada de una manera indirecta o refleja por la sentencia que se dicte, por eso tiene un interés directo en el resultado del proceso”.¹⁰⁴

Esta calidad los habilita para actuar directamente en el juicio, por lo que podría, en teoría, a favor de la posición que se sustente, hacer las alegaciones, ofrecer y practicar prueba, así como recurrir contra las resoluciones que se dicten en el proceso, incluso la sentencia definitiva.”¹⁰⁵

- “Adolescentes: la capacidad procesal de los adolescentes es más amplia, tanto teórica como prácticamente, ya que, obviamente se trata de personas que tienen un desarrollo mental y emocional superior.”¹⁰⁶

“Tienen capacidad completa en ciertas materias de familia y que, por tanto, no necesitan autorización, debe atribuírseles capacidad procesal, al menos para iniciar juicios de filiación y los que digan relación con la consecuencias jurídicas del estado civil vinculados a su descendencia.”¹⁰⁷

“Los mayores de 16 años, por su lado, además de las anteriores materias, tienen capacidad procesal en acciones de divorcio y nulidad, sin perjuicio de su actuación por medio de sus representantes.”¹⁰⁸

¹⁰⁴ NUÑEZ René, CORTES Mauricio, Derecho Procesal de Familia, La Primera reforma procesal civil en Chile, Thompson Reuters, Santiago, febrero 2012, p.130.

¹⁰⁵ NUÑEZ René, CORTES Mauricio, op. cit, p.131.

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ NUÑEZ René, CORTES Mauricio, op. cit, p.132.

3.2.2 Los NNA como partes del proceso.

Casarino, señala que las partes son elementos constitutivos del juicio, entre las cuales se produce y agita la contienda jurídica, estas partes reciben el nombre de demandante y demandado y pueden ser una o más personas, quienes desempeñan estos papeles procesales.¹⁰⁹ Esta idea de partes, obedece a una concepción clásica del proceso, y está relacionada con un proceso de carácter privado donde generalmente hay dos partes y eventualmente terceros. Sabemos que en las causas de familia, no es tan claro este modelo de demandante y demandado, si pensamos en un caso de cuidado personal, si bien habrá un demandante y un demandado, también existirá u sujeto procesal central, el niño, niña o adolescente. En este sentido, NÚÑEZ y CORTÉS señalan que “es frecuente la intervención como partes, principales o subordinadas, de personas que carecen de capacidad procesal o que cuentan con capacidad procesal relativa. Es el caso de los niños, niñas y adolescentes.”¹¹⁰

Esto se ve reflejado claramente en el procedimiento de aplicación de medidas de protección, puesto que en estas causas el objeto del juicio, será determinar si un NNA ha sido vulnerado en uno o más de sus derechos, por tanto, para que se tramite este tipo de procesos, es necesario, que se ponga en conocimiento del tribunal la posible amenaza o vulneración de uno o mas derechos de un NNA. Si esta idea, se relaciona con la definición del proceso, (que se verá a continuación), como nos señala el profesor CASARINO, en cuanto que éste emerge desde que se produce la violación de un derecho, entonces, no se puede arribar a otra conclusión que el sujeto procesal, o la parte más importante del proceso es el NNA. Lo mismo podrá ocurrir en los casos en que se discuta su cuidado personal, la susceptibilidad de ser adoptado, la adopción propiamente tal, algunos casos de régimen de relación directa y regular, cuando exista pugna en cuanto a la procedencia del ejercicio este derecho.

En el caso que nos ocupa, esto es en cuanto al *curador ad litem* de nuestra ley de familia, decíamos que una de las facultades del curador es actuar en todas las gestiones judiciales que emanan de las partes o del tribunal, entonces si el *curador ad litem* debe actuar en todas las gestiones judiciales, y éstas emanan de las partes, no

¹⁰⁹ CASARINO, Mario, op. cit., p.24

¹¹⁰ NÚÑEZ René, CORTÉS Mauricio, op. cit., p.129.

queda más que concluir que el *curador ad litem* es designado para representar los intereses de una de las partes, y esa parte es el NNA.

Lo anterior, no significa que en todas las causas tramitadas ante los tribunales de familia, los NNA sean partes, esto tendrá que ser determinado por la materia, según el objeto del juicio y la coincidencia o no del derecho del NNA con sus representantes legales, de este aspecto me haré cargo en el capítulo final.

3.3 El derecho al debido proceso

“Desde el momento en que se produce la violación de un derecho, su titular recurre a la protección del Estado, quien se la proporciona a través de los órganos en quienes reside la función jurisdiccional. La manera de provocar esta protección es deduciendo un demanda, que es el modo normal de ejercitar la acción, y se manifiesta posteriormente en un acto del tribunal que recibe el nombre de sentencia.”¹¹¹

“Ahora bien, entre la interposición de la demanda y la dictación de la sentencia, se desarrollan una serie de actos de carácter procesal, cuyo conjunto recibe el nombre de proceso”¹¹²

Sin la intención de detenerme a analizar las diferentes concepciones del proceso, me parece necesario, apuntar, que esta idea de proceso, obedece a las reglas de nuestro actual Código de Procedimiento Civil, que además de ser bastante obsoleto, (recordemos que es del año 1902), consagra principios del proceso muy distintos a los actuales principios que rigen los procedimientos especiales (Me refiero a los procedimientos orales, en materia penal, laboral y de familia). Convivimos en Chile, con sistemas procesales contradictorios. El actual Código de Procedimiento Civil, propugna principios tales como la escrituración, versus la oralidad de los nuevos procedimientos, (como es el caso de los procedimientos seguidos ante los Tribunales de Familia), el rol pasivo del juez, versus el rol activo, el ejercicio de la función privada del juez, versus la función pública del juez, con amplias facultades y atribuciones para cumplir su rol,¹¹³ la invisibilidad de éste en el proceso, versus la intermediación, en que las

¹¹¹ CASARINO, Mario. Op. Cit, p.19

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ El juez de familia tiene amplias facultades, a modo de ejemplo se puede citar la potestad cautelar del artículo 22 de la Ley 19.969, la facultad de decretar prueba de oficio, de conformidad al artículo 29 de la

partes tienen contacto directo con el juez, son escuchadas directamente por él¹¹⁴, el fin último, en el primero cumplir una función privada, determinar cual de las partes tiene la razón, en los nuevos procesos en cambio, la función es pública¹¹⁵ y determinante de velar en caso de NNA por asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Esta pugna entre estas dos concepciones de proceso, no permite, o al menos sienta una serie de obstáculos a la hora de garantizar la entrada de los NNA como sujetos procesales, dignos de un justo y debido proceso. Lo que agrava más esta doble concepción del proceso, es que el Código de Procedimiento Civil es supletorio de los procedimientos de la Ley que crea los Tribunales de Familia.¹¹⁶

De acuerdo al numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile: La Constitución asegura a todas las personas: “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.” El inciso segundo de este mismo artículo y numeral consagra el derecho a la defensa jurídica al señalar que: toda persona tiene derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida...”. La Ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

Por su parte, el inciso quinto del mismo artículo 19 número 3, consagra la garantía del debido proceso en los términos que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un procedimiento y una investigación racionales y justos”, agregando que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.¹¹⁷

Ley 19.968, su obligación en caso de que NNA intervengan como partes en el proceso, no es determinar quien es el litigante vencido o quien tiene la razón, sino que cumple una función garantista de los derechos de los mismos, por lo que su función será otorgar la máxima satisfacción de sus derechos como tal.

¹¹⁴ En un proceso, donde prevalece la inmediatez, es decir donde el juez tiene contacto directo con las partes, y tanto con los NNA, cobra absoluta relevancia que éstos sean oídos directamente por él

¹¹⁵ El proceso no sólo persigue la satisfacción de un fin privado, sino que también fines públicos, lo que no podemos jamás olvidar si tenemos presente que la jurisdicción importa una función pública. MATORANA, Cristian, “Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral”, en Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, “Proyecto de Código Procesal Civil”, p.498

¹¹⁶ En todo lo no regulado por esta ley, serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad. En dicho caso, el juez dispondrá la forma en que se practicará la actuación, así lo señala el artículo 27 de la Ley 19.968.

¹¹⁷ Véase Artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República de Chile

De esta norma se desprende que todas las personas, sin ninguna distinción tienen derecho a un debido proceso, siendo uno de sus principales componentes el de la adecuada defensa jurídica, lo que involucra que un niño, niña o adolescente que se vea involucrado en un proceso judicial tiene derecho a ser representado por un letrado.

4. La Doctrina Nacional y el Rol del curador ad litem

4.1 El derecho a la defensa técnica de los NNA.

A este respecto los autores MILLÁN y VILLAVICENCIO, señalan que: “El primer y más primigenio modo de defensa consiste en la posibilidad de participar y ser oído en el proceso. Sin embargo, con la creciente complejidad de los sistemas normativos, el único modo de asegurar una defensa mínimamente adecuada pareciera ser a través de la intervención de un abogado que represente los intereses del niño, niña y adolescente.”¹¹⁸

De la misma forma, COUSO sostiene que: “es indispensable ofrecer defensa jurídica autónoma al niño, para garantizar su derecho a participar en la toma de decisiones en sede de tribunales de familia. El involucramiento del niño en las diversas etapas del proceso exige estar permanentemente informado del curso del proceso, incluso de las decisiones “de mero trámite” (citación a determinadas personas, convocatoria o no a una determinada audiencia, aceptación o no de determinada prueba, etc.), y tener la oportunidad de intervenir en la configuración de esas decisiones, todo lo cual es impracticable sin una representación técnica de sus intereses en el mismo juicio. El involucramiento del niño en las diversas instancias del proceso no puede traducirse en que se le cite diez veces durante el juicio, lo que podría convertirse en una carga insoportable para él. Contar con un abogado que está atento al curso del proceso, para defender los intereses del niño en las diversas instancias del mismo, es la forma privilegiada de intervenir en él.”¹¹⁹

NEVEL BOBADILLA señala al respecto: “si bien las normas de familia son un

¹¹⁸ MILLÁN Patricio, VILLAVICENCIO Luis, op. cit.p 58

¹¹⁹ COUSO, Jaime, “El interés superior del niño en la nueva justicia de familia”, op cit, p.158.

híbrido público-privado y las normas de procedimiento son de orden público, se puede decir que la representación-en parte-se sujeta a las reglas privadas, especialmente considerando que está regulada en general sin distinguir entre adultos y niños y su autonomía de la voluntad y en derecho privado se puede hacer todo lo que no está prohibido expresamente y, no estando prohibida la representación letrada del niño, podría comparecer de esta forma y ejercer su defensa con todo lo que ello implica”.¹²⁰

Como se vio, además a propósito del principio de la no discriminación, una de las manifestaciones de este derecho está justamente en la obligación de la judicatura de asegurar al niño, la debida representación en juicio.

4.2. Relación entre el curador *ad litem* y el niño

En este apartado la pretensión es conocer como se relaciona el curador *ad litem* con su representado, en este sentido, la idea es determinar que tipo de comunicación debe existir entre ambos. “La ley no entrega pistas acerca del modelo adoptado –si se trata de un guardián *ad litem*, de un abogado que representa el Interés Superior del Niño o de un abogado del niño–, existe un amplio margen de acción que permitiría explorar la aplicación de un modelo de defensa jurídica y de representación especial de los niños, otorgándoles mayores grados de participación en las distintas etapas del proceso.”¹²¹

Hasta el momento, y en atención a lo ya analizado todo apunta a que el rol del curador *ad litem* y por tanto, la relación entre éste y el niño, es una relación de un representante que ejerce la defensa jurídica, así se ha sostenido, por la mayoría de los autores que han escrito acerca de este tema, en un artículo de Gonzalo Aguilera, éste ha sostenido que: “el abogado del niño – lo que incluye al letrado curador *ad litem* designado conforme al artículo 19 de la ley de tribunales de familia – debe defender los intereses manifestados y definidos por el propio niño a quien representa, de laya que dicho profesional letrado no defiende algún interés público general diverso al específico *derecho de defensa* de dicho niño en su faceta técnica.”¹²²

¹²⁰ GREEVEN, Nel. Filiación, Derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa, segunda edición actualizada, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2017

¹²¹ CORREA CAMUS, Paula, VARGAS PAVEZ, Macarena, op cit, p. 193.

¹²² AGUILERA CHAPARRO, Gonzalo, Del derecho del niño a ser oído y del derecho a la defensa jurídica

“En efecto, si los niños, niñas y adolescentes están en condiciones de formarse un juicio propio, y de esta guisa están en condiciones de ejercer su derecho a ser oído, la mínima expectativa – para evitar que dicho derecho sustantivo quede huerro o vacío en contenido en la esfera jurisdiccional – debe consistir en que el abogado, que resguarda o custodia el derecho de defensa del niño o adolescente representado, patrocine los intereses prefijados por este último. Otra interpretación aplastaría la eficacia del derecho del niño a ser oído.”¹²³

“Si bien podría revestir cierta plausibilidad afirmar que el abogado del niño debe velar por conceptos generales – como sería el amparo del *interés superior del niño* – el costo de la búsqueda de dichos fines, por valiosos o benévolos que puedan ser, sería precisamente la desfiguración del efectivo *derecho de defensa* de los niños y, a pocos pasos, la esfumación del derecho del niño a ser oído en el ámbito judicial. Será el juez de fondo quien – previa satisfacción de las garantías procesales de todas las partes del juicio, lo que incluye al niño – debe tomar la decisión que mejor resguarde la eficacia de los diversos derechos de los cuales el niño es titular, por lo que puede ser pacífico señalar que el abogado del niño defiende parcialmente los intereses definidos por su representado, toda vez que quien debe tener una posición imparcial será precisamente el sentenciador.”¹²⁴

En un estudio realizado por el Servicio Nacional de Menores, Nota Técnica N°2, Unidad del Comisionado de la Infancia y Adolescencia, Derecho la Representación Judicial de niños, niñas y adolescentes, de abril de 2016, se sostiene por sus autores que la función del *curador ad litem* es ser garante de los derechos de los NNA, postulan que en definitiva el *curador ad litem* debe relacionarse con el niño como “un representante especializado que siempre de efectividad al derecho de ser escuchado y que resguarde que en todas las instancias procesales en las cuales se adopten decisiones que afecten de manera directa al niño/a se escuche previamente la opinión de su representado; ya sea de manera directa en la audiencia o de manera indirecta a través de él, profesional que sin embargo podrá solicitar al Tribunal que adopte otras

de los niños, en el actual ordenamiento jurídico familiar. Breves comentarios sobre algunos tópicos jurídicos y acerca del rol del abogado representante del niño, niña o adolescente, Espejos de Infancia. Análisis e intervenciones en violencia infantil, Fundación Paicabí, Valparaíso, Chile, 2010., p. 67

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *Ibíd.*

medidas diversas a las requeridas por su representado cuando éstas hayan sido emitidas contra la voluntad del NNA, sean contradictorias o de retracto frente a anteriores entrevistas, o en caso de ser acogidas pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica del niño, niña o adolescente, lo anterior en miras al interés superior del niño que es un concepto que integra a todos los demás derechos consagrados en la CDN.¹²⁵

El Consejo Nacional de la Infancia, en cambio, postula que, “la mayor parte de la doctrina tanto la procesal como la vinculada a temas de infancia, ha identificado que el derecho a ser oído implica la posibilidad de sustentar posiciones en el juicio y a producir prueba e incluso, a contar con una defensa formal y técnica, por lo que se la considera como subaspectos dentro de un gran derecho a ser oído”, sin embargo el postula que el derecho a la defensa de los NNA no emana de su derecho a ser oído, sino del derecho al debido proceso, al respecto reflexiona “Por mucho que se despejen los obstáculos institucionales para un correcto ejercicio del derecho a ser oído éste jamás reemplazará al derecho de defensa y viceversa”.¹²⁶ Luego agrega: “resulta útil deslindar la cuestión del derecho a ser oído de la idea de una defensa estricta como se desprende de la idea de los NNA como sujetos plenos de derechos y dignos de la protección estatal de los mismos. Una cosa es tener derecho a ser oído lo que daría lugar a que el juez deba tener debidamente en cuenta lo que se dice por parte del NNA y ello podría implicar incluso actos de postulación y una diferente ejercer (sic) todos los derechos de parte a través de una defensa formal y técnica estricta puesto que en esta se comprende la construcción del caso no desde los dicho si no desde la configuración de las diferentes partes de todo el proceso, discusión, prueba, impugnación, ejecución o cumplimiento de lo resuelto.”¹²⁷

Luego, entrando ya en el análisis del artículo 19 de la Ley 19.968, concluye que esta designación (la del curador *ad litem*), no sería propiamente un manifestación del derecho a la defensa. “No es necesario realizar un examen dogmáticamente

¹²⁵ ALVEAR, Carlos, Sename, Nota Técnica N°2, Unidad del Comisionado de la Infancia y Adolescencia, Derecho la Representación Judicial de niños, niñas y adolescentes, abril, 2016, p

¹²⁶ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2015). Estudio “Análisis del sistema actual de representación judicial de los niños, niñas y adolescentes por curadores ad litem y propuesta de un sistema de acceso a la justicia en el marco de un Sistema Integral de Garantías de Derechos” realizado por Ignacio De Ferrari Vial y equipo adjunto. Santiago, Chile. P.31

¹²⁷ *Ibidem*.

exhaustivo para comprobar que se trata de una norma que pugna, en su inspiración y consecuencias lógicas, con la idea del derecho a la defensa de NNA y por esa vía con la idea de que son titulares plenos de derechos diferenciables del de los representantes legales y que deben manifestarse en el proceso y que más bien parece inspirada en la idea de la curaduría y el tutelarismo anterior”¹²⁸

a) En primer lugar la norma habla de asuntos de competencia de los juzgados de familia, en que aparezcan **involucrados intereses** de Niños, niñas o adolescentes. Esta redacción parece sugerir que se trata siempre de asuntos de terceros (los padres) que pudieran **afectar o involucrar** a los niños. La norma pasa por alto que en un número importante de casos y en materias nada triviales como la corresponsabilidad de los padres el asunto es centralmente un caso que debe adjudicar un derecho del niño, niña o adolescente y solo tangencialmente o por consecuencia proyecta obligaciones para los padres.¹²⁹

b) En segundo lugar la regla legal habla de intereses de niños, niñas, adolescentes o **incapaces**. Esta enumeración habla claramente de la lógica desde la que se construye la figura de la representación judicial de NNA en los procesos de familia anclada como está a la ausencia de adecuada representación adulta y en un esquema dogmático de los niños y adolescentes como incapaces y, a los efectos procesales, con severas y completas limitaciones a la hora de ejercer sus derechos por la vía de la reclamación judicial de los mismos.¹³⁰

c) En tercer lugar la norma habla de que la designación de abogados en estos casos procederá cuando el NNA carezca de representante legal como regla general y sólo excepcionalmente, por resolución fundada, y cuando se estableciera que los intereses se mostrasen independientes o contradictorios. Esta parte de la norma es el núcleo de la formulación defectuosa que tiene. En efecto una concepción de los NNA como titulares de derechos debería tener por consecuencia que siempre los intereses de los niños son diferenciables y que en casos paradigmáticos como la custodia parental, los alimentos, las medidas de protección, etc. La adjudicación es el asunto de fondo que el

¹²⁸ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, op. cit, p.35.

¹²⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, op. cit, p.36.

¹³⁰ *Ibidem*.

juicio debe resolver y no un asunto en el que simplemente los niños están involucrados, implicados o que les “concierna”. Hay aquí una razón importante para deslindar conceptual y dogmáticamente los derechos a ser oído del derecho a la defensa que se proyecta desde la titularidad de derechos. No sólo el alcance del derecho a ser oído es más amplio en términos del tipo de autoridades o asuntos a los que se aplica (todo asunto a resolver por una autoridad en que el niño se ve involucrado) si no también tienen un alcance mayor pero al mismo tiempo menos preciso en el contexto de un proceso judicial. En efecto, el niño desde el estándar del artículo 12 de la CDN debe ser oído siempre que un asunto le concierna o afecte, sin embargo cuando la cuestión versa sobre un derecho del niño que ha de ser adjudicado entonces el estándar debería desplazarse hacia la necesidad de establecer una defensa formal y técnica especializada en consonancia con estándares del debido proceso que se proyectan desde la constitución como desde el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹³¹

d) En cuarto lugar cabe preguntarse ¿la circunstancia de existir intereses distintos o contradictorios con quien? La redacción sugiere por sí sola que los asuntos que un tribunal de familia deben resolver son siempre un asunto de los adultos porque solo ellos son partes procesales y consecuentemente solo ellos.¹³²

e) Por último, la existencia de intereses diferentes o contradictorios queda entregada a la estimación del juez volviendo imposible estructurar desde esa regulación un genuino derecho a la defensa desde que el juez simplemente puede “estimarla” innecesaria. Lo lógico es pensar que si se están pensando en una defensa especializada para NNA por consideraciones relativas al principio de protección especial dicha defensa ha de ser preceptiva u obligatoria como ocurre en Uruguay o Argentina y no facultativa para el juez.”¹³³

Como ya se ha dicho, la denominación de nuestra ley de familia, que designa como representante o abogado del niño, a un curador *ad litem*, no es afortunada, ya que se presta a diversas interpretaciones acerca de la función del mismo, y por ende su relación entre el abogado y el niño, “la figura del curador *ad litem* está ligada al instituto de la incapacidad. Todos nuestros derechos son tributarios del sistema

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*.

napoleónico que establece la incapacidad absoluta de los impúberes y la incapacidad relativa a las personas púberes. La figura del curador *ad litem* como instituto vinculado a la incapacidad del sujeto, que patrocina el interés superior del niño desde su propia perspectiva.”¹³⁴

Por lo tanto, de acuerdo al artículo 19 de la Ley 19.968, la relación curador *ad litem* versus NNA no es la de un abogado garante de su derecho a la defensa, “la curatela es un instituto de protección de los incapaces, situación en la que no se encuentra el niño”¹³⁵

En otra línea, Núñez y Cortés sostienen que: “el curador *ad litem*, cumple una doble función: integra la capacidad procesal pero también es el defensor del representado, cuestión relacionada con la comparecencia en juicio.

4.3. Tipo de representación que debe ejercer el curador *ad litem*

De lo que ya se ha expuesto, tanto en los relativo al ámbito de competencias y funciones del curador *ad litem*, como del marco de principios y derechos que emanan de nuestro ordenamiento jurídico, se desprende la necesidad de delimitar las funciones y ámbito de competencias de esta figura, ello, porque como ha quedado demostrado en estas líneas, los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, bajo el amparo de un ordenamiento jurídico que debe estar a la altura de los Tratados Internacionales que nuestro propio país ha ratificado. El no reconocer el derecho a la defensa jurídica de los niños, no sólo sería atentatorio con la Constitución Política y los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, sino porque es un derecho humano, y por ende, el Estado debe garantizar que todas las personas puedan ejercer sus derechos y ello no es posible si siendo parte de un litigio no se ampare por el Estado el derecho a la defensa técnica necesaria para intervenir en un debido proceso y porque los principios que informan los Procedimientos ante los Tribunales de Familia, específicamente del interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído, carecerían de eficacia.

¹³⁴ PÉREZ, op. cit., p.251

¹³⁵ PÉREZ, op. cit., p. 261

Si bien la Ley que Crea los Tribunales de Familia, consagra el principio del interés superior del niño, y dentro de éste, la idea de que es titular de derechos, procesalmente no ha sido tratado como parte en el proceso, ya que si así fuera debería ser patrocinado siempre por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, en este caso, la herramienta legal, por el abogado curador *ad litem*.

Claro está, que el rol entonces del curador *ad litem* es actuar como el abogado del niño, niña o adolescente, la pregunta que cabe hacerse es, si, ¿debe actuar como un abogado y un cliente, o debe ejercer una defensa técnica de alguna especial forma, considerando que se trata de un niño, niña o adolescente?

“No es la función del abogado del niño ser un mero consejero del juez sobre la mejor solución para el niño en el resguardo de sus derechos, pues en el ordenamiento jurídico familiar chileno dicho rol lo realiza el *consejo técnico*, ya que al abogado defensor del niño debe exigírsele algo más – y diverso - que el rol de un consejero, pues debe efectivamente defender en juicio – ejerciendo las facultades procesales pertinentes, de acuerdo a la *lex art* de la abogacía – los intereses definidos por el niño. Obviamente, en los casos en que el niño no quiere o no puede emitir una opinión propia, el respectivo abogado del niño deberá postular en juicio la petición que sea más acorde con el interés superior del niño.”¹³⁶

El Servicio Nacional de Menores, sostiene que el rol del curador *ad litem* o el tipo de representación que realiza es la de un defensor letrado que representa los intereses de su representado, quien en virtud de los derechos consagrados en la CDN es un sujeto de derecho, es decir, parte interesada, y no un objeto de tutela por parte del Estado.¹³⁷

Sostiene Fabiola Lathrop que: “El estado debe garantizar asesoría y defensa técnica especializada al NNA para la realización de sus derechos e intereses en juicio. Esta exigencia no se satisface actualmente con la posibilidad genérica de que el juez, conforme al artículo 19 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, le nombre al NNA un curador *ad litem*. Ello, porque esta actuación se ha transformado, en la gran mayoría de los casos, en una designación automática de parte del juez de un abogado o abogada de la Corporación de Asistencia Judicial sólo para los casos en que los

¹³⁶ AGUILERA, Op, cit, p.67

¹³⁷ ALVEAR, Carlos, Op cit, p.19

intereses del NNA son independientes o contradictorios frente a los de sus representantes legales, obviándose así que también puede designarse cuando carezcan de representantes legales, tal como lo permite la norma”¹³⁸

Entonces, podemos concluir que hay un ser y un deber ser en el tipo de representación que ejerce el curador *ad litem*, ya que en estricto rigor, la facultad con que se dota al curador *ad litem* en la ley de familia, no permite actuar como el abogado del niño, en tanto no estaría ligado a la defensa técnica en juicio, ya que esta institución parte de la base de que los NNA no tienen capacidad procesal, como no la tienen deben actuar en juicio representados por quien detenta la patria potestad, y a falta de estos, ya sea por existir interés contrapuestos, ausencia, y con el objeto de completar esa capacidad, actuarán los curadores *ad litem*, ese sería el ser de la norma, y otra el deber ser, en que para dar efectividad a los derechos consagrados en la CDN debería ser la actuación del curador, un garante de su derecho al debido proceso y por ende de la defensa jurídica.

En definitiva, existe la necesidad de construir o reconstruir el Rol que debe asumir el curador *ad litem* del niño, o bien de crear una institucionalidad que se dedique de manera exclusiva a la defensa técnica de los Niños, Niñas y Adolescentes, con funciones y facultades claras y precisas¹³⁹ “A su vez, se considera necesario reformular y mejorar el funcionamiento de las actuales Corporaciones de Asistencia Judicial, de las Oficinas de Protección de Derechos y de los curadores *ad litem*, con miras a garantizar el acceso efectivo a la justicia de niños, niñas y adolescentes.”¹⁴⁰

¹³⁸ LATHROP, Fabiola. La Protección especial de Derechos de Niños, niñas y adolescentes en el Derecho Chileno, Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, Julio 2014, p.212

¹³⁹ En la actualidad se encuentra en Tramitación un Proyecto de Ley que crea un Sistema de Garantías a los Derechos de la Niñez, sin embargo en él, si bien, se reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la defensa jurídica, no se explicita el derecho a la defensa jurídica en la forma que se ha planteado en este trabajo como para asumir la defensa igualitaria de niños, niñas y adolescentes, sino que se señala este derecho solo de manera genérica, sin detallar quien y de que forma se garantizará este derecho.

¹⁴⁰ Serie de Reflexiones. Infancia y Adolescencia, N°13. Chile. Nueva Institucionalidad de la Infancia y Adolescencia en Chile. Aportes de la Sociedad Civil y del mundo académico, Santiago, enero de 2012, Unicef, p. 81

CAPITULO TERCERO: EL ROL DEL CURADOR *AD LITEM* EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA DE LA REGIÓN METROPOLITANA.

En el artículo publicado en la Revista *Ius et Praxis*, por Paula Correa y Macarena Vargas, se realizó un estudio denominado la voz de los niños en la Justicia de Familia en Chile el que develó cual es el funcionamiento en la práctica del curador *ad litem* en algunos Tribunales de la Región Metropolitana, al respecto se dijo: “Se pudo detectar que la figura del curador *ad litem* creada por la Ley 19.968 opera – aunque con bajísima incidencia– como mecanismo de recuperación de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derechos. Sin embargo, no pudimos detectar los criterios que utilizan los jueces para su designación, pues no consta en audios ni en actas de audiencias las razones de ello. En general, los jueces y consejeros técnicos entrevistados consideran que se trata de profesionales con vocación, pero por limitaciones institucionales y de tiempo no cumplirían adecuadamente su rol.

Consideramos que esta figura tiene un interesante potencial que parece estar desaprovechado por problemas institucionales.”¹⁴¹

El mencionado artículo data del año 2011, por lo que es necesario conocer la aplicación de esta figura, en la actualidad, por lo que en este capítulo se abordará la aplicación práctica de esta función, a través de un estudio de campo, principalmente de los abogados de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana que han debido ejercer como tales.¹⁴²

1-. Materias en que se designa curador *ad litem*

De acuerdo a un estudio realizado por la Corporación de Asistencia Judicial de fecha mayo de 2016, se pudo rescatar que la mayor parte de las designaciones de curador *ad litem* ocurren en causas sobre medidas de protección, en efecto, el

¹⁴¹ CORREA Paula, VARGAS Macarena, op. cit.

¹⁴² Este estudio forma parte de los recursos estadísticos que fueron proporcionados por la Dirección Zonal Sur de la Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana, a quien suscribe, para ser presentados en este trabajo.

levantamiento de información a esa fecha reveló los siguientes datos en los Centros de Atención de la Región Metropolitana.

Materia de Familia	DR NORTE	DR SUR
Alimentos	3	5
Cumplimiento de Alimentos	0	1
Cuidado Personal	25	6
Régimen Comunicacional	19	25
VIF	7	13
Medidas de Protección	2024	1856
Susceptibilidad de Adopción	4	12
Adopción	7	1
Filiación	4	0
Divorcio	0	0
Divorcio con Compensación	1	0
Bien Familiar	0	2
Acuerdo de Unión Civil	0	0
Guardas	0	1
Autorización salida del país	1	2
Otros Asuntos Voluntarios	0	42

Causas Infracionales	0	0
Otras (penal)	2	50
Total General	2097	2016

Para la comprensión de esta tabla, es necesario, hacer presente que en la Región Metropolitana, la Corporación de Asistencia Judicial, se divide en dos grandes grupos, la Dirección Regional Norte y la Dirección Regional Sur.

La Dirección Regional Norte comprende las siguientes comunas: Cerrillos, Cerro Navia, Colina, Conchalí, Huechuraba, Independencia, La Florida, La Reina, Lampa, Las Condes, Lo Barnechea, Lo Prado, Macul, Maipú, Peñalolén, Providencia, Quilicura, Quinta Normal, Recoleta, Renca, Santiago Centro, Til-Til.

La Dirección Regional Sur, comprende las comunas de: Buin, El Bosque, San Miguel, La Cisterna, Talagante, La Granja, La Pintana, Lo Espejo, Melipilla, Paine, Padre Hurtado, Peñaflor, Puente Alto, San Bernardo, San Joaquín, San Miguel y San Ramón. Como se desprende de esta primera parte del informe, el grueso de las materias de designación de curadores es en medidas de protección, en una menor medida causas voluntarias, cuidado personal, adopción y otras.

2-. Oportunidad y forma en que se les designa

Generalmente en los casos que se han podido estudiar, la designación ocurre, en la resolución que provee la demanda o el requerimiento de aplicación de medida de protección, en la menor parte de las causas, ocurre en la audiencia preparatoria.

En cuanto a la forma en que se designa al abogado curador *ad litem*, se han detectado distintos criterios de designación, en algunos casos, el Tribunal, es quien designa a un abogado específico, para que asuma la curaduría *ad litem*, en otros casos el Tribunal designa en forma más genérica a un abogado de un Centro de Atención de la Corporación de Asistencia Judicial.

En la Dirección Regional Norte, como se indicó, sin perjuicio de las designaciones que hace el tribunal a las cuatro abogadas de esta Unidad, internamente ellas se distribuyen equitativamente las cargas de trabajo, situación que se encuentra coordinada con el Tribunal de Familia de Santiago, generalmente se designa como curador ad litem, al centro de curadurías de Santiago, luego las causas son distribuidas según los criterios definidos internamente por este Centro de Atención.

En el caso de La Dirección Regional Sur de la Corporación de Asistencia Judicial, existen otros criterios en la designación, siendo bastante diferentes, según cada centro de atención, en la siguiente página se encuentra el cuadro resumen de designación de curadores:

Criterios de designación, Dirección Zonal Sur

Región	Criterio Tribunal designa al centro jurídico o a abogado específico	Comunas a las que atienden //Observaciones
RM Sur	Designa a abogado específico	Buin –Paine
	Designa a abogado específico	El Bosque
	Designa a abogado del centro	San Miguel
	Designa a abogado del centro	La Cisterna- Pedro Aguirre Cerda
	Designa a abogado específico	Talagante, Isla de Maipo
	Designa a abogado del centro	La Granja
	Designa a abogado del centro	La Pintana - Consultorios El Roble - Santiago de Nueva Extremadura (Pob. El Castillo).
	Designa a abogado específico	Lo Espejo
	Designa a abogado del centro	Melipilla - Maria Pinto - Alhué - San Pedro.
	Designa a abogado específico	Padre Hurtado - (Defensa Incompatible causas Peñaflo)

Designa a abogado específico	Paine – Buin
Designa a abogado específico	Peñaflor
Designa a abogado	Puente Alto - Pirque - San José de Maipo
Designa a abogado	San Bernardo - Calera de Tango
Designa a abogado	San Joaquín
Designa a abogado	San Miguel
Designa al centro	San Ramón
Designa a abogado	Existen designación de curadores en materia de familia y penal

3-. Valor que se les ha otorgado a su comparecencia por el NNA como curador.

Las preguntas que se pretenden contestar son las siguientes:-¿Es para los jueces de familia el abogado del niño un mero representante en juicio?, ¿qué facultades se les ha entregado a los curadores *ad litem* en la práctica de los tribunales?

De acuerdo a entrevistas sostenidas con jueces y curadores *ad litem*, es posible concluir, que no hay un criterio uniforme en cuanto al valor o calidad del rol del curador *ad litem*, algunos magistrados sostienen que se trata de una especie de guardian *ad litem*, esto es una figura que debe velar porque el proceso se lleve de la forma correcta, atento a las ritualidades y que lo que se decida esté acorde con los intereses del NNA.

Hay otros que sostienen que es un abogado que debe ejercer una representación en juicio, siendo su rol el propender a la realización del máximo goce del ejercicio de los derechos de los NNA, teniendo las facultades, pero no necesariamente, actuar como parte del proceso.

Una tercera postura sostiene que como los NNA, son partes, dichas partes tienen derecho a la defensa, por lo que el rol del curador *ad litem*, es la de ser el abogado del NNA y debe por tanto ejercer su derecho a la defensa jurídica.

Pero los abogados, curadores *ad litem*, en su mayoría tienen claro, que su designación obedece a garantizar el mandato constitucional de otorgar defensa jurídica gratuita a quienes no pueden proveérsela por sí mismos.

4-. Abogados nombrados curadores ad litem

En la mayoría de los casos en que los Tribunales de Familia, designan curador *ad litem*, lo hacen a través del nombramiento de abogados de la Corporación de Asistencia Judicial y abogados pertenecientes al Servicio Nacional de Menores, sin embargo, se ha detectado, que no existe un criterio uniforme, de hecho, en el estudio mencionado más arriba, hay ciertas diferencias entre lo que ocurre en la Jurisdicción Santiago, a lo que ocurre en la Jurisdicción San Miguel. En general, en la Jurisdicción que corresponde a Tribunales de Familia pertenecientes de la Corte de Apelaciones de Santiago, en todos los casos se designan como curadores *ad litem* a abogados de la Corporación de Asistencia Judicial. Dicha institución ha creado, una oficina especialmente establecida para cumplir dicho rol. En los Tribunales de Familia, pertenecientes a la Jurisdicción San Miguel, en cambio, se designan a abogados pertenecientes a Servicio Nacional de Menores, destaca, en todo caso el Tribunal de Familia de Buin, en que el 100% de los casos en que son designados curadores *ad litem*, estos son cubiertos por la Corporación de Asistencia Judicial de Buin y Paine.

4.1 Rol de la Corporación de Asistencia Judicial

La Corporación de Asistencia Judicial es un servicio público, descentralizado del Ministerio de Justicia y sin fines de lucro, cuya misión proporcionar orientación y asesoría jurídica a todas las personas que así lo requieran, y patrocinar judicialmente de manera profesional y gratuita a quienes no cuenten con los recursos para hacerlo.

La labor de esta institución es materializar el derecho del acceso a la justicia a través de sus unidades territoriales presentes, prestando un servicio de calidad y profesional accesible, cercano y gratuito.¹⁴³

¹⁴³ Para el caso del presente estudio, sólo se ha investigado el desempeño de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, sin embargo, es importante hacer presente que la Corporación de Asistencia Judicial, se divide en 4 Corporaciones, La CAJ Metropolitana que no sólo abarca la Región Metropolitana, sino además la Sexta Región, la Séptima Región, y la Duodécima Región, (en esta tesis sólo se estudió la CAJ Metropolitana y dentro de esta sólo la Región Metropolitana), La CAJVAL (Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, abarca la Quinta Región y la Cuarta Región, La CAJ Bío- Bío, que comprende la Octava Región, Región de los Lagos, Región De los Ríos y Undécima Región, finalmente la CAJ Norte, integrada por la Primera, Segunda y Tercera Región.

Como ya se señaló, la Corporación de Asistencia Judicial en la Región Metropolitana se divide en dos grandes zonas, Norte y Sur, entre esas zonas de atención, otorgando cobertura a todas las comunas de la Región Metropolitana.

Se ha podido comprobar que los criterios de designación de los tribunales y por ende el rol de la Corporación de Asistencia Judicial, es diferente, según la zona y la jurisdicción. Es así como en la Dirección Regional Norte, existe una experiencia única a nivel institucional, por cuanto para la jurisdicción de Tribunales de Familia de Santiago, se ha creado una oficina denominada Unidad de Curadores de la Oficina Familia de Santiago, que está integrada por 4 abogadas, una Asistente Social y una psicóloga, método de intervención profesional que ha sido absolutamente valorado por Tribunales de Justicia, por cuanto ha permitido considerar dentro de la atención profesional, visitar a hogares en forma integral pudiendo hacer informes desde esta triple perspectiva profesional, no sólo respecto de las condiciones del niño, niña o adolescente, sino que también acerca de la situación del hogar, lo que les da a las profesionales una apertura a la mirada del caso, permitiéndoles abordarlo de manera más óptima.

Del reporte que hacía esta oficina en el mes de noviembre de 2015, se concluía lo siguiente: “La Unidad de Curaduría de la Oficina de Familia de Santiago de la Corporación de Asistencia Judicial R.M. tiene como objetivo la protección niños, niñas y jóvenes en casos de vulneración grave de derechos y que se inicia por solicitud de medida de protección ante los Tribunales de Familia. Todo esto a través de la figura de un Curador *ad Litem* antes mencionada.”¹⁴⁴

En la actualidad nuestra Unidad de Curaduría de la Oficina de Familia de Santiago, ejerce la representación en un total de 1968 causas, abarcando toda la jurisdicción de los Tribunales de Familia de Santiago.¹⁴⁵

Para este equipo interdisciplinario conformado por seis funcionarios, es importante destacar como los Tribunales de Familia han puesto su confianza en ellas y su trabajo, entregándonos un importante número de causas, ya que con la creación de los Tribunales de Familia de Santiago comienza a incorporarse, en el quehacer de estos, el concepto de que los niños son personas y sujetos de derechos, una batalla

¹⁴⁴ Corporación Asistencia Judicial, Noticias, disponible en > <http://www.cajmetro.cl/noticias/unidad-de-curaduria-ad-litem-de-la-oficina-de-familia-de-santiago/>> [Consulta: 12 de enero de 2017]

¹⁴⁵ *ibídem*.

dura que se ha librado por varias instituciones, entre ellas la CAJ METRO. Desde un comienzo y con miras a ejercer de forma eficiente nuestra representación, nos coordinamos estrechamente con la Red Sename que trabajan en la reparación de los niños y niñas.” ¹⁴⁶

De este reporte, útil es destacar que dicha unidad absorbe la curaduría *ad litem* de toda la Jurisdicción Santiago y que el nombramiento, según su propio testimonio, sólo se limita a actuar en causas sobre requerimientos de aplicación de medidas de protección.

Además es importante destacar la carga de trabajo de esta unidad, la que es distribuida sólo entre 4 abogadas, que hasta abril de 2016, mantenían un número considerable de causas, registrándose 2092 causas vigentes y un promedio de causas mensuales que se estima en 82 causas aproximadamente.

Me parece muy relevante agregar además, que las causas requerimiento de aplicación de medidas de protección, no finalizan con la dictación de la sentencia definitiva, salvo que se trate de una sentencia que rechace aplicar una medida de protección, sino que ellas continúan en el tiempo, realizándose audiencias de revisión de cumplimiento de dichas medidas, por lo que la etapa procesal de cumplimiento, puede ser extensa, dependiendo del cumplimiento de las mismas.

La **Dirección Regional Sur**, informa el siguiente número de atenciones:

Región	Centro	Comunas a las que atienden //Observaciones	N° DE CAUSAS
RM Sur	Buín	Buín -Paine	253
	El Bosque	El Bosque	3
	Familia San Miguel	San Miguel	35
	La Cisterna	La Cisterna- Pedro Aguirre Cerda	8

¹⁴⁶ *Ibíd*em

Talagante	Talagante, Isla de Maipo	15
La Granja	La Granja	3
Centro	Comunas que atiende	Nº causas
La Pintana	La Pintana - Consultorios El Roble - Santiago de Nueva Extremadura (Pob. El Castillo).	4
Lo Espejo	Lo Espejo	3
Melipilla	Melipilla - Maria Pinto - Alhué - San Pedro.	35
Padre Hurtado	Padre Hurtado - (Defensa Incompatible causas Peñaflor)	12
Paine	Paine - Buin	226
Peñaflor	Peñaflor	110
Puente Alto	Puente Alto - Pirque - San José de Maipo	85
San Bernardo	San Bernardo - Calera de Tango	25
San Joaquin	San Joaquin	10
San Miguel	San Miguel	50
San Ramón	San Ramón	1
CREDEN	Existen designación de curadores en materia de familia Existe designación en causas penales	892

Total 1770

Centro Integral por los Derechos del Niño (CREDEN)

CREDEN, es un Centro de Atención de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, y su nombre significa Centro Integral por los Derechos del Niño. Este centro de atención nace por iniciativa de la Corporación y la Seremi de Justicia. Fue fundado el 22 de marzo 1999, su misión es procurar la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato infantil grave, constitutivo y no constitutivo de delito, desde una perspectiva interdisciplinaria en vías de una reparación integral.

Es atendido por abogados, psicólogos, asistentes sociales, secretaria. Una de las características principales que se destacan es que éste Centro de Atención es especialista en maltrato grave hacia NNA, por lo que la mayor parte de sus casos están constituidos por medidas de protección, además de actuar como querellantes en sede penal.

De la tabla recién expuesta, se puede verificar que este Centro atiende un gran número de causas en calidad de curador *ad litem* y que la mayor parte de las causas que atienden son de medidas de protección, esto obedece a la función de dicho centro, que como se apuntaba, dice relación con la protección de NNA víctimas de maltrato grave.

4.2. Rol del Servicio Nacional de Menores

“El Servicio Nacional de Menores (Sename) es un organismo gubernamental centralizado, colaborador del sistema judicial y dependiente del Ministerio de Justicia. Se encarga de la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, y de jóvenes entre 14 y 18 años ante el sistema judicial. Además se ocupa de regular y controlar la adopción en Chile.

Fue creado por el Decreto de Ley N 2.465 del 10 de enero de 1979, que constituye su Ley Orgánica publicada en el Diario Oficial el 16 de enero del mismo año. Un decreto supremo del 5 de diciembre de 1979 fijó la planta y el Sename entró en funciones el 1 de enero de 1980.

El Servicio lleva a cabo su gestión conforme a las instrucciones de los diversos tribunales distribuidos a lo largo del país. Todos los servicios y asistencias que se prestan en la institución, salvo las Oficinas de Protección de Derechos (OPD), están ligadas a la justicia. Los niños y adolescentes que reciben atención han sido enviados directamente por los Tribunales de Familia, vale decir, se encuentran judicializados.»¹⁴⁷

Dentro de las líneas de intervención que realiza el Servicio Nacional de Manores en Chile, se encuentra la Línea de Representación Judicial, que cuenta con el Programa de Representación Judicial, (más conocido como PRJ), que hace un poco más de 8 años aborda esta problemática con los mejores profesionales que tiene nuestro país en este ámbito. A partir del año 2015, este programa es coordinado por la Unidad del Comisionado de la Infancia.

Este programa es ejecutado por organismos colaboradores que, con subvención de Sename, cuenta con abogados que, con dedicación, recorren tribunales de Antofagasta, Concepción, Valdivia, Puerto Montt y Santiago, gestionando medidas de protección, causas penales y representación jurídica a niños que han sufrido – principalmente- vulneraciones del tipo “maltrato grave” y “abuso sexual”.

La Dirección Regional Metropolitana de SENAME tiene la representación jurídica como curadores *ad litem* de 2.736 niños, niñas o adolescentes, que se dividen en 7 abogados¹⁴⁸

En menor número participan como curadores *ad litem* las Oficinas de Protección de Derechos de la Infancia y la Adolescencia¹⁴⁹, sin embargo dichas instituciones, no fueron creadas para desarrollar labores de representación judicial, de hecho partir de su propia conceptualización se desprende que su rol es otro, “instancias de atención ambulatoria de carácter local, destinadas a realizar acciones encaminadas a brindar protección integral a los derechos de niños, niñas y adolescentes, a contribuir a la generación de las condiciones que favorezcan una cultura de reconocimiento y al respeto de los derechos de la infancia”. Son operadas en convenio entre el Sename y una o varias municipalidades, según sea el caso. Se encargan de la promoción de los derechos de la infancia, del trabajo para implementar

¹⁴⁷ www.sename.cl <http://www.sename.cl/web/nuestra-institucion/> [consulta: 12 de enero de 2017]

¹⁴⁸ Sename, Nota Técnica N°2, Unidad del Comisionado de la Infancia y Adolescencia, Derecho la Representación Judicial de niños, niñas y adolescentes, abril, 2016, p.9

¹⁴⁹ http://www.sename.cl/wsename/otros/bases_tecnicas_preencion.pdf [Consulta: 12 de enero de 2017]

sistemas locales de protección y de la atención a niños/as y adolescentes cuyos derechos han sido vulnerados y requieren protección. Corresponden a la línea de prevención y participación del Servicio Nacional de Menores. En ningún caso se menciona dentro de sus funciones u objetivos el representar judicialmente a NNA.

Es importante destacar que para este estudio, no se encontraron fuentes, que permitan conocer el número de causas como curador *ad litem* que son llevadas por las OPD, y que esta información obedece al conocimiento entregado por las entrevistas llevadas a cabo con otros curadores *ad litem* de la Corporación de Asistencia Judicial.

CAPÍTULO IV. LA REPRESENTACIÓN DE LOS NNA EN LOS JUICIOS DE FAMILIA. MODELOS EN DERECHO COMPARADO.

A continuación, se expondrá lo que sucede en algunos países de América Latina y dos países de la Unión Europea, en relación a la participación de los NNA en los procesos judiciales, en particular ante los Tribunales de Familia, infancia y adolescencia, exponiendo además él o los tipos de representación y/o asistencia de éstos en determinados procesos.

Se agruparán ciertos criterios en relación a las distintas formas de representación de los NNA en juicios de familia, tipos de representantes, funciones, concepciones de los NNA como sujetos de derechos , órganos encargados de velar por representación y garantía del derecho a la defensa técnica. Se dividirán los criterios en países que recogen la figura del curador *ad litem*, países en que se ejercen derechos en juicio a través de representantes legales de NNA, actuaciones de representantes distintos a los padres y países que consagran el derecho al debido proceso y a la defensa técnica.

Ordenamientos Jurídicos que consagran la figura del curador *ad litem*

En **Colombia**, el curador *ad litem* es un auxiliar de la administración de justicia, específicamente un abogado designado por el juez, que debe desempeñar su cargo en forma gratuita, como el defensor de oficio para representar al demandado ausente.¹⁵⁰

Es importante indicar que en el ordenamiento jurídico colombiano, si bien existe la figura del curador *ad litem*, ésta, dice relación con un tipo de representación, en que el juez de un determinado caso, designa a un abogado para que represente a una persona que no quiere o no puede comparecer en un proceso judicial. Al respecto se ha señalado que “es una herramienta más para llenar el vacío del que está ausente y no para la protección de sus derechos y de esta manera poder garantizar una tutela y una igualdad entre las partes que concurren al proceso.”¹⁵¹

¹⁵⁰ En Colombia el curador *ad litem* se encuentra regulado en los Artículos 47 y 48 Código Procesal Civil.

¹⁵¹ GUTIERREZ, Rosa, VARGAS, María y ROCHA, Emerson, Curadores *ad litem*, evolución o retroceso en las reformas procesales de Colombia y el mundo, *Justicia Juris*, 10(2):95, Julio-Diciembre, 2014.

Argentina también distingue el tipo de representación del curador *ad litem*, (en este caso se denomina tutor *ad litem*), de la defensa técnica en juicios de NNA. Mónica Assandri, indica que: “es importante no confundir la figura del abogado del niño, con el tutor *ad litem*, que es una figura ligada a la incapacidad del niño, no sustituye su voluntad, la reproduce y la transmite al juez mediante su defensa especializada.”¹⁵²

Según lo prescrito en el artículo 928 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, las personas adquieren discernimiento para la realización de actos jurídicos a los 14 años de edad. Para estos casos sería necesario el nombramiento de un tutor *ad litem*, sin perjuicio, como se verá más adelante de su derechos a la defensa jurídica.

Uruguay, recoge la figura del curador en el inciso final del artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia, al respecto señala que todo NNA, “podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.”¹⁵³

Esta norma ha traído consigo algunas confusiones en su interpretación, precisamente por el hecho de garantizar el derecho a la defensa jurídica, y además la designación de curador, figura asociada a la incapacidad.

Al respecto señala PÉREZ: “Como hemos visto en la reseña de otras legislaciones, especialmente el artículo 19 de la ley chilena, aquí aparece la figura del curador especial o curador *ad litem* según los casos, norma que ha generado severos problemas de interpretación y no pocas disidencias en la doctrina.”¹⁵⁴

“Para algunos operadores, el niño, niña o adolescente no puede estar en el proceso sin la designación de curador, más allá de sus condiciones personales –edad, madurez, etc.–.”¹⁵⁵

¹⁵² ASSANDRI, Mónica, ASSANDRI, Mónica, Principios y reglas generales del proceso ante el fuero de familia, En: Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, La Protección Integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial, Tomo III. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 2458

¹⁵³ Artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia de fecha 14 de septiembre de 2004

¹⁵⁴ PÉREZ, op cit, p.268.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

“Otros entienden que la expresión “cuando fuere pertinente” refiere especialmente a la situación en que exista enfrentamiento u oposición de intereses entre el niño y sus representantes legales.”¹⁵⁶

“¿Cuándo designar curador? ¿Cuáles son los alcances de la función del curador?.”¹⁵⁷

El autor señala 2 hipótesis:

- “Casos de intereses coincidentes entre representantes legales y el NNA, se mantiene en toda su plenitud la representación legal. No obstante se mantiene en toda su plenitud el derecho a ser oído y contar con un abogado cuando sus derechos puedan resultar afectados.”¹⁵⁸
- “Casos de intereses contrapuestos entre los representantes legales y el NNA, dependerá del grado de madurez, y como dice el Código, del grado de evolución de sus facultades. Cuando el niño, niña o adolescente no esté en condiciones de formarse un juicio propio deberá designársele un curador para que lo asista y represente. El curador debe tener la capacidad de postulación de los intereses, representa y patrocina, no puede patrocinar si no es abogado.”

“La misma solución debe aplicarse cuando el niño, niña o adolescente deduce por sí la pretensión.”¹⁵⁹

Italia. Se puede afirmar, concluyentemente, que la representación del menor de edad en juicio esta asegurada, en general, por los padres; si esto falta o hay algun impedimento permanente de ambos padres, al menor de edad debe serle nombrado un tutor, figura dotada de los mismos poderes y deberes generales de representación propios de los padres; si entre los padres y el hijo menor de edad existe un conflicto de interés, que, en algunos casos, es presunto, (como en las causas relativas a la paternidad natural), y en otras instancias es verificado caso a caso por el juez, debe ser nombrado curador especial, dotado también de los poderes-deberes de

¹⁵⁶ Ibídem.

¹⁵⁷ PÉREZ, op.cit, p.270

¹⁵⁸ PÉREZ, op. cit, p.271

¹⁵⁹ Ibídem.

representación de los padres, pero limitado al único juicio por el cual viene hecho el nombramiento.¹⁶⁰

Ordenamientos Jurídicos que consagran el derecho a la defensa técnica de un NNA.

En **Argentina** este derecho se encuentra regulado en los artículos 26 y 27 del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 26 señala que: “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 dentro del ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representante legales, puede intervenir con asistencia letrada....”

Por su parte el artículo 27 letra c de la Ley 26.061, de la Protección integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes de septiembre de 2005, señala que:

Artículo 27. - Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: 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.

ASSANDRI indica que. “al considerar a las niñas, niños y adolescentes sujetos activos, participativos y debiéndoles otorgarles el debido lugar dentro del proceso surge necesariamente la figura del abogado del niño como la máxima expresión de este derecho, que permite efectivizar y asegurar su participación en cualquier tipo de

¹⁶⁰ MAGNO, Giuseppe, Il minore come soggetto processuale, commento alla convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli. Giuffrè, Milano, 2001, p.47

proceso en que se encuentren involucrados sus intereses.”¹⁶¹

“Entendemos que la figura del abogado del niño como garantía del debido proceso es exigible siempre, cualquiera fuera la edad del niño involucrado y como un derecho distinto al que tienen los NNA a ser oídos.”¹⁶²

En **Uruguay**, el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 8º prescribe que: “Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida. Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Los Jueces, bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto. Se impone de esta forma al juez una sanción severa en el caso de no cumplir con el resguardo a su derecho a la defensa letrada.

En **Colombia**, respecto al derecho a la defensa existe una figura denominada Defensor de Familia. El artículo 80 Ley 1.098, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia de la República de Colombia, de fecha 8 de noviembre de 2006, señala cuales son los requisitos para ser defensor de familia, señalando que para serlo se requiere ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente, además se exigen requisitos de probidad y especialización, en este sentido, otros de los requisitos son: no tener antecedentes penales ni disciplinarios y acreditar título de

¹⁶¹ ASSANDRI, Mónica, Principios y reglas generales del proceso ante el fuero de familia, En: Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, La Protección Integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial, Tomo III. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 2457.

¹⁶² ASSANDRI, op.cit, p. 2458.

postgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.

El artículo 81 del Código ya señalado, regula los deberes del defensor de familia, señalando una serie de obligaciones que dicen relación con hacer efectivos los derechos que emanan de un debido proceso, dicha norma prescribe que:

“Artículo 81. Deberes del Defensor de Familia. Son deberes del Defensor de Familia:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.
2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga.
3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que señala la ley, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.
4. Emplear las facultades que esta ley le otorga en materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.
5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los servidores públicos de la Defensoría de Familia.
6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.

Parágrafo. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario.

En lo tocante a las funciones que debe realizar, están las siguientes atinentes a su carácter de representante en juicio:

Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia. Corresponde al Defensor de Familia:

11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los

derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.

12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.¹⁶³

Italia. En derecho Italiano es relevante hacer presente que dicho país está suscrito a la Convención de Estrasburgo, dicho Tratado, reconoce la calidad de sujetos procesales procesales a los NNA¹⁶⁴, en ese contexto MAGNO señala: “Para ejercitarse la prerrogativa de parte procesal cada uno tiene necesidad de una defensa técnica o sea del ministerio de un abogado. A mayor razonamiento el menor de edad necesita de un defensor que, dada la particular vulnerabilidad del cliente, debe poseer específicas nociones en el campo psicológico y dotado de equilibrio no comunes. Es decir, existe no sólo la necesidad de un registro adecuado de abogados especialistas, capacitados de sostener en juicio los auténticos intereses del menor de edad sin superponerse a su voluntad, pero sobretodo aquella de un eficiente sistema de patrocinio gratuito, porque no sería concebible la atribución del niño a la calidad de parte sin la posibilidad de administrar por poderes relativos a la oportunidad en perfecta autonomía respecto a la otra parte. Autonomía significa, primero que todo, independencia económica de otros sujetos (en las causas familiares normalmente, los padres) que puedan aducir en juicio no siempre coincidente con los intereses de los menores de edad.

Se debe agregar que el abogado puede ser persona particularmente preparada, capaz de actuar por si misma también tiene el deber de aconsejar prudentemente, de asistencia y de representación en el juicio, para la satisfacción de todos los derechos procesales del menor de edad al sentido de los artículos 3,4 y 5 de la Convención; pero

¹⁶³ Ley 1098 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia de la República de Colombia, de 8 de noviembre de 2006, disponible en <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1673639> [consulta: 4 de diciembre de 2016]

¹⁶⁴ Así se desprende del artículo 1: El objeto del presente Convenio es el de promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial.

más comúnmente si se verificaría -se cree- hipótesis de una pluralidad de sujetos “consejeros”: órganos, personas o entidades que asistan al menor de edad sobre sus asuntos familiares, que lo aconsejen y eventualmente representasen también en juicio, entendiéndose que debe ser defendido técnicamente de un abogado especialista. Todo esto implica la predisposición de eficiencia, complejidad y costosos aparatos, comprometido a tiempo completo de la gestión de los conflictos familiares, con una propensión a estar de parte de los niños: aparatos capaces de realizar la mediación, de identificar y sostener los reales derechos de la descendencia menor de edad, hasta hacer intervenir, si es necesario los propios miembros y los abogados especialista en juicio.¹⁶⁵

En **España** la necesidad de que el NNA, actúe representado en juicio, sólo se plantea en algunas situaciones, como por ejemplo en aquellas en que es necesario demandarlos, por sus padres, por ejemplo en casos de pleitos entre los progenitores en que es necesario regular materias propias de la separación o termino del vinculo matrimonial o no, por ejemplo quien tendrá la custodia de los hijos, la patria potestad, como será el régimen de alimentos etc. También en los casos en que se pretende determinar la paternidad de un menor de edad, en estos casos mencionados, se hace necesario el nombramiento de un defensor para los NNA, sobretodo en los casos en que los intereses entre la madre o el padre, son contradictorios con los intereses del hijo.¹⁶⁶

La figura del defensor judicial se encuentra regulada en el Artículo 299 CC., que señala: Del defensor judicial. Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

¹⁶⁵ MAGNO, op. cit., p.57

¹⁶⁶ ZARRALUQUI, Luis, El menor en los procesos de familia, Los Menores en el Proceso Judicial, La protección del menor frente al derecho a un juicio justo. Editorial Tecnos, España, 2011, p.69

2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3. En todos los demás casos previstos en este Código.¹⁶⁷

Respecto al derecho a la defensa técnica, es dable hacer mención que el 29 julio de 2015, entró en vigencia la Ley de Protección al menor, que entre otras disposiciones realiza algunas modificaciones en esta materia, a propósito de los NNA en situación de acogimiento familiar, así el 1º artículo reza: *Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queda modificada en los siguientes términos:

Se modifica la rúbrica del título I, que queda redactada como sigue:

Diecisiete. Se incluye un artículo 21 bis, que queda redactado como sigue: «Artículo 21 bis. *Derechos de los menores acogidos.* Dicha norma en su letra b), consagra el derecho a la defensa jurídica gratuita del menor en desamparo: b) Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo.¹⁶⁸

Ordenamientos que consagran instituciones ligadas a la protección de NNA y de incapaces.

Colombia. En el Estado Colombiano, existen las llamadas Defensorías de la Familia, que son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Estas defensorías cuentan con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista. así lo señala el artículo 79 del cuerpo legal señalado.

¹⁶⁷ Artículo 299 del Código Civil Español. Disponible en www.boe.es <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>, [consulta: 26 de marzo 2017]

¹⁶⁸ Ley 26/2015 de modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8470, [consulta: 26 de marzo de 2017]

Ejercen el Ministerio Público ante la Jurisdicción de Familia y ante las autoridades administrativas que conozcan de asuntos de familia, el Procurador General de la Nación, el Procurador Delegado para la Defensa del Menor y la Familia, los Procuradores Judiciales y los Personeros Municipales.

El artículo 104, prescribe donde o ante quien intervendrá el ministerio público, la norma señala que: El ministerio Público en el área de familia intervendrá ante las autoridades judiciales, administrativas, en aquellos asuntos en que pueda resultar afectada la Institución familiar, los derechos y garantías fundamentales de la infancia, la adolescencia y los incapaces y en los demás casos que determine la ley.

La Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia además de las funciones que se establece la Constitución Política, cumplirá las siguientes funciones:

- a) Promover las acciones de cumplimiento, populares, las señaladas en el artículo 89 de la Constitución Política y las demás acciones necesarias para la defensa de los derechos y garantías fundamentales de la infancia, la adolescencia, los incapaces y de la institución familiar;
- b) Ejercer la vigilancia superior a los organismos e instituciones encargados de los programas en favor de los derechos y garantías de la infancia, la adolescencia y de los incapaces;
- c) Promover el cumplimiento de los pactos y convenios internacionales sobre derechos y garantías fundamentales de la infancia, la adolescencia y la institución familiar. ante las autoridades judiciales y administrativas;
- d) Exigir la adopción inmediata de medidas preventivas y de corrección ante las autoridades o funcionarios encargados de ejercer el control y vigilancia de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que desarrollan y cumplen programas de protección frente a menores en situación de riesgo o de peligro y en circunstancias especialmente difíciles;
- e) Recibir y remitir para su trámite a las autoridades competentes y hacer el seguimiento a las denuncias que formulen los organismos nacionales o internacionales sobre violación de los derechos y garantías fundamentales de la infancia, la adolescencia y de la institución familiar;
- f) Conocer y tramitar las peticiones que formulen a la Procuraduría General, para que

se reclame de Gobiernos extranjeros, por conducto de las autoridades colombianas competentes y en favor de menores de origen colombiano, el cumplimiento general de las obligaciones que les impone el código del Menor, el derecho internacional y en especial los pactos sobre derechos y garantías de la infancia y la adolescencia;

g) Promover por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de los menores en conflicto con la ley penal, en especial cuando por razón de las investigaciones o por la imposición de medidas de protección de carácter judicial, policivo, o disciplinario se les restrinja su libertad.

Artículo 106. Procuradores de Familia. Corresponde a los Procuradores de Familia ejercer las funciones de Ministerio Público ante las Salas de Familia de los Tribunales de Distrito Judicial, los Juzgados de Familia, Promiscuos de Familia, Juzgados de Menores y ante las autoridades administrativas que conozcan de procesos sobre derechos de la infancia, adolescencia y familia.

Artículo 107. Competencia de los Procuradores Judiciales de Familia. Corresponde a los Procuradores Judiciales de Familia:

a) Intervenir como sujeto procesal ante las autoridades judiciales en los asuntos en que pueda resultar afectados los derechos y garantías fundamentales de la infancia, la adolescencia, los incapaces y la institución familiar;

b) Intervenir en los procesos administrativos de declaratoria de abandono de los menores en situaciones especialmente difíciles, abandono o peligro y cuya medida de protección sea la adopción;

c) Intervenir en los procesos de adopción ante las autoridades judiciales;

d) Ejercer las demás que les atribuya la ley o les asigne el Procurador General de la Nación.

Procurador Delegado para la defensa del menor y de familia

En el artículo 108 se especifican cuales son las competencias del Procurador Delegado para la Defensa del Menor y de la Familia. Corresponde al Procurador Delegado para la Defensa del Menor y la Familia:

a) Presentar demandas para sustentar el recurso extraordinario de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los procesos que son de competencia de

la Jurisdicción de familia, si a su juicio fuere procedente;

b) Interponer la Acción de Revisión ante la sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia contra las sentencias proferidas por los Magistrados de las Salas de Familia de los Tribunales de Distrito Judicial, cuando se vean afectados los intereses de la Institución familiar, los derechos y garantías de la infancia y la adolescencia y de los incapaces;

c) Designar y coordinar la intervención de los Procuradores Judiciales de Familia ante la Sala de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Juzgados de Familia, Promiscuos de Familia y los Juzgados de Menores;

d) Coordinar la actuación de los Procuradores Departamentales, Distritales, metropolitanos y Provinciales, cuando actúen como Ministerio público ante las autoridades judiciales o administrativas en el área de familia;

e) Desplazar y designar a los Procuradores Judiciales de familia cuando lo considere necesario;

f) Resolver los impedimentos y recusaciones de los Procuradores Judiciales de Familia, conforme a lo establecido en los Códigos de Procedimiento civil y penal;

g) Ejercer las demás funciones que le atribuya la ley o le asigne el Procurador General de la Nación. ¹⁶⁹

Argentina. En el Estado argentino el artículo 103, regula la actuación del Ministerio Público, que es la institución llamada a prestar asesoría jurídica a los NNA.

Artículo 103. Actuación 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 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.

¹⁶⁹ Ley 201 de 1995 Por la cual se establece la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y se dictan otras disposiciones, Colombia 28 de junio 1995, disponible en <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1831796>>[consulta: 5 de enero 2017]

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.

En el caso Argentino, la tarea de la defensa judicial de NNA, está entregada al Ministerio Público, quien tiene por misión general, según mandato constitucional, promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República, así lo prescribe el artículo 120 de la Constitución Política Argentina.

Por su parte, el en sus artículos 27 y siguientes consagra las Garantías Mínimas de procedimientos judiciales o administrativos, y en la letra C, consagra el derecho del NNA a la defensa técnica en juicio, señalando lo que sigue:

- 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;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

El Ministerio Público de Menores constituye uno de los pilares del acceso de niños y adolescentes a los organismos administrativos y judiciales, al ser el representante que el Estado les proporciona para la defensa integral de sus derechos. El Ministerio Público de Menores, entonces, es defensor, por mandato legal y constitucional de los derechos de los niños en la medida de su indisponibilidad, sin confundirse con la defensa técnica que en marco del proceso realiza el propio niño por

sí, con su abogado.¹⁷⁰ De esta forma se distinguen dos tipos de representación, una que suple la voluntad de los padres, por carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales y otra aparte, que sería el derecho a la defensa técnica.

Sobre la base de las normas que regulan su capacidad progresiva, el niño o adolescente puede ejercer sus derechos fundamentales, siempre que tenga un grado de madurez suficiente con relación al acto concreto de que se trate, lo que se traduce en el reconocimiento de sus aptitud para participar por si mismo en un trámite judicial o administrativo, sin necesidad de un representante legal.¹⁷¹

Además existe el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales.¹⁷²

España. Se consagra la figura denominada Ministerio Fiscal, prevista en el artículo 3 de la Ley 50/1981 cuyas funciones en materia de menores son:

Solicita del Juez de Menores la adopción de medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento. En la solicitud de medidas definitivas siempre actúa orientado a la satisfacción del interés superior del menor, velando por que se modifiquen o sustituyan, si es preciso, las impuestas en sentencia.

Informa a la Entidad Pública de Protección de Menores de cuantas situaciones tenga conocimiento cuando exista una menor en situación de riesgo o desamparo - entre otras las derivadas de delitos cometidos por menores de catorce años para que se adopten las medidas legalmente previstas.

Puede promover ante el Juez la adopción de medidas en protección de menores o impugnar las adoptadas por la Administración, cuando considere que no se ajustan a su superior interés.

¹⁷⁰ Véase en esta materia a ALESI, Martín, Principios rectores del debido proceso, En: FERNANDEZ SILVIA, Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, La Protección Integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial, Tomo III. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, , 2015, p.p 2403-2446

¹⁷¹ ALESI, op. cit. 2418

¹⁷² Así lo dispone el artículo 47 de la Ley 20.061.

Conoce de las medidas (tutela automática, guarda, acogimiento) que las Entidades públicas competentes adopten para la protección de menores en situación de desamparo, e interviene en los procedimientos para su impugnación. Ejerce acciones en tutela de los derechos fundamentales de los menores.¹⁷³

Consagración de derechos NNA relacionados con el concepto de sujeto de derechos y el debido proceso.

Colombia. En el ordenamiento jurídico colombiano, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, están regulados en la Ley 1.098, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia de la República de Colombia, de fecha 8 de noviembre de 2006, en lo pertinente a la representación de NNA, lo primero es señalar que en su artículo primero se consagra expresamente que los NNA son sujetos de derecho, por su parte el artículo 26 consagra su derecho al debido proceso, al respecto dicha norma señala que: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.” A continuación en su inciso segundo, se garantiza el derecho a ser oídos: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.”

Entre las obligaciones que debe asumir el Estado de Colombia consagradas en el artículo 41 se encuentra la del numeral 33 que reza: Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal.

¹⁷³LEY 50/1981, Por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-837> [consulta: 26 de marzo 2017]

En el ordenamiento **Argentino**, como en la mayoría de las legislaciones de América, se debe partir señalando que la CDN es la norma base en la materia que nos ocupa, tanto es así que en derecho argentino se consagra expresamente que la CDN es de aplicación obligatoria, se establece además el derecho de los NNA a ser oídos, así se señala en el artículo 2º de la Ley 26.061, ya citada, la que además proclama a los NNA como sujetos de derecho y opta por dar un concepto de interés superior del niño.¹⁷⁴

Dichos articulado prescribe que: Artículo 1. Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Artículo 2. 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 o adolescentes tienen derecho a ser oídos y 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.

Artículo 3. Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

¹⁷⁴ Artículo 3 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes.

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común.

Uruguay. El caso de Uruguay se presenta como un modelo recoge una serie de principios y derechos de carácter garantista que permiten dar realidad a lo sentado por la CDN y otros Tratados Internacionales.

El Código de la Niñez y la Adolescencia entró en vigencia el 14 de septiembre del año 2004, en su artículo primero se señala que:

Artículo 1º. (Ámbito de aplicación).- El Código de la Niñez y la Adolescencia es de aplicación a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad.

A los efectos de la aplicación de este Código, se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad.

Siempre que este Código se refiere a niños y adolescentes comprende ambos géneros.

El artículo 2 consagra su calidad de sujeto de derecho de los NNA, artículo 2º que todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas.

Artículo 3º. Principio de protección de los derechos - Todo niño y adolescente tiene derecho a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 4º. Interpretación - Para la interpretación de este Código, se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país.

En los casos de duda se deberá recurrir a los criterios generales de interpretación y, especialmente, a las normas propias de cada materia, de acuerdo al artículo 5º.

Artículo 6º. Criterio específico de interpretación e integración: el interés superior del niño y adolescente - Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos.

Artículo 10. Derecho del niño y adolescente con capacidad diferente- Todo niño y adolescente, con capacidad diferente psíquica, física o sensorial, tiene derecho a vivir en condiciones que aseguren su participación social a través del acceso efectivo especialmente a la educación, cultura y trabajo.

Este derecho se protegerá cualquiera sea la edad de la persona.

Dentro de los deberes del Estado, se establece un principio general, prescrito en el artículo 14. (Principio general).- El Estado protegerá los derechos de todos los niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción, independientemente del origen étnico, nacional o social, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, la posición económica, los impedimentos psíquicos o físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus representantes legales.

El Estado pondrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo.

El Estado asegurará la aplicación de toda norma que dé efectividad a esos derechos.¹⁷⁵

En **España**, se debe partir de la base que su ordenamiento jurídico, haciendo eco de los que dispone la Convención de Derechos del Niño, en la Exposición de Motivos de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de fecha 15 de enero de 1996, reconoce plenamente la titularidad de derechos de los menores de edad y de una

¹⁷⁵ Disponible texto completo en web <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3097033.htm>
[Consulta: 12 de febrero de 2017]

capacidad progresiva para ejercerlos, introduciendo la calidad de sujeto de derechos a las personas menores de edad.

De esta forma en el ordenamiento jurídico español, se faculta a los NNA, a solicitar al juez la adopción de medidas cautelares para asegurar la prestación a su favor de alimentos, se les faculta para formular oposición por ejemplo en el establecimiento de un régimen de relación directa y regular con el padre o madre, sin que sea determinante su voluntad, sino exclusivamente necesaria su audiencia, así se regula en los artículos 158 y 160 del Código Civil español.

Por otra parte, al reconocer legalmente el principio de autonomía progresiva, se realizan algunas distinciones en cuanto a la edad de los NNA, a partir de los 12 años, se exige el consentimiento del menor, hasta los 12 años sólo es preciso oír al niño. La audiencia de los mayores de 12 años se exige en los litigios sobre su custodia, según se desprende del artículo 92 del Código Civil Español, como también respecto de materias relacionadas con el ejercicio de la patria potestad, así lo establece el artículo 156 del mismo cuerpo legal y además es necesario oír a los mayores de 12 años en los casos en que se designará un tutor para el mismo, así lo señala el artículo 231 de la norma señalada.

La ley además faculta a los mayores de 14 años, para realizar numerosos actos, como por ejemplo, los que digan relación con la nacionalidad española, reconocimiento de un hijo, sin necesidad de autorización judicial, pueden ejercer además la patria potestad sobre sus hijos, con asistencia de sus padres o tutor, capacitados para testar etc.¹⁷⁶

Italia. “Se puede además considerar con seguridad que nuestro ordenamiento es entre otros, el más avanzado en este campo, de manera que la ratificación de la Convención puede constituir, en efecto, la ocasión al posterior desarrollo de la normativa, (por ejemplo, para asegurar escuchar al menor de edad en casos hoy no previstos, como en el curso del juicio de separación de los padres, o por atribuirle en algunos casos, la calidad de parte), pero, mientras tanto, ciertamente, nada impide la entrada en vigor también de la legislación inalterada.

¹⁷⁶ ZARRALUQUI, Luis, El menor en los procesos de familia, Los Menores en el Proceso Judicial, La protección del menor frente al derecho a un juicio justo: 59-91. Editorial Tecnos, España, 2011

Es el caso, principalmente, del divorcio o de la separación entre los padres cuando, más allá de la evidente inoportunidad de tomar una posición de parte del hijo, carece de interés, entendido de la misma manera en el artículo 100 del Código Procesal Civil de Italia, que justifica tomar la calidad de parte, al menos en relación a la pregunta principal concerniente a la relación de cónyuges.

La calidad de parte, en los casos de los menores de edad, amerita ser reconocida, por la ley y por el juez, cuando el menor de edad actúa o comparece en juicio en defensa de un derecho propio en materia de estado (por ejemplo., de hijo legítimo, de ciudadanía, etc.) de trabajo, patrimonio en general o también por la reivindicación de derechos, cuya titularidad le es reconocida directamente de la Constitución, de la Convención Internacional y de la Ley. En este caso, la representación de sus intereses y la asistencia de parte de adultos (padres, tutores, curador), cuando no sea habilitado a estar en juicio por si mismo, y la eventual asistencia en juicio de parte de expertos no son suficientes, ya que asumir la calidad de parte procesal se postula normalmente, de prescindir de la edad del sujeto, la necesidad de una defensa técnica, vale decir el patrocinio, la asistencia y la representación de un profesional legal.

El reconocimiento al menor edad de la calidad de parte en algunos procesos, y la garantía de la posibilidad efectiva de ejercicio de la correspondiente facultad, suscita una serie de problemas, de la realización de un sistema eficiente de patrocinio gratuito para los pobres a la revisión de un persistente hábito mental, por el cual la constitución del menor de edad en el juicio en el cual se decide sobre sus derechos (por ejemplo., ser reconocido como hijo natural), continua en ser considerado como algo meramente formal (“...por la necesaria integración del contradictor”); hábito mental, y relativo a su cultura subyacente, que consiente a los padres, representantes y eventual litisconsorte del hijo en el juicio sobre contenido patrimonial (“como representante legal del hijo”), el comportarse como si de hecho se ejercitase un derecho exclusivamente propio: un verdadero “representante”, en vez, no faltará de tener en cuenta la real voluntad del representado, cuando esta sea expresada con suficiente madurez y claridad.

El punto de partida, para determinar este tipo de cambio cultural, es representado aún del principio de acuerdo al cual las personas legalmente responsables del menor de edad, padres u otros, tienen el deber de aconsejarlo y

orientarlo adecuadamente y gradualmente, en definitiva de ponerlo en condición de ejercitar personalmente sus derechos de los cuales él y él solamente es directo titular. Por lo tanto, por ejemplo, habilitado para actuar en juicio para obtener el respeto del derecho a la educación y a la enseñanza (Convención O.N.U 1989 sobre los derechos del niño, artículo 28) no es el padre, sino el menor de edad mismo, quien asume la calidad de parte (actor), con la eventual representación del padre que puede también constituir el propio, como litisconsorte.

La hipótesis ahora propuesta no es en absoluto teórica, ni rebuscada, si se considera que el derecho a la enseñanza obligatoria es a veces malinterpretada respecto de los menores de edad extranjeros, que viven en el Estado con padres en condiciones de clandestinidad, los cuales por tanto encontrarían impracticable cualquier tipo de acción legal para hacer valer el derecho del hijo. Nada entonces impide al menor de edad de pretender, también en juicio, el respeto de su derecho, situación a que el Estado es obligado por la Convención (Artículo 2) de garantizar los derechos reconocidos “a cada menor de edad que depende de su jurisdicción”, vale decir a todos los menores de edad que no podrían dadas las circunstancias (ejemplo permanencia en el territorio del Estado ratificante), tener la satisfacción de sus derechos de parte de otro Estado (aquel original).

La implementación de los principios universalmente afirmados en materia de respecto de derechos de los niños determina entonces, por un lado, una verdadera “migración de los derechos” a la cabeza el niño, con la consecuente legitimación a propuesta de instancia por su propia cuenta y convertirse en parte procesal; por otro lado, también la titularidad de derechos de más antiguo origen afecta, cuando el menor es parte de un juicio, los efectos de un más claro reconocimiento de su posición de autonomía, tiene similitud de aquella que cada parte procesal justamente reclama en el enfrentamiento con todas las otras. La actuación concreta de este capítulo esta confiada esencialmente a la sensibilidad del juez.¹⁷⁷

¹⁷⁷ MAGNO, op.cit, p.20-21

CAPÍTULO V. PROPUESTA DE REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LOS NNA EN LOS JUICIOS ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA.

Una eventual norma que regule el derecho a la representación judicial del abogado defensor de los derechos del NNA debe dejar claro que:

Los NNA son sujetos de derechos, se les debe por tanto garantizar el derecho al debido proceso y por tanto a contar con defensa jurídica gratuita, en los casos en que sea parte en un proceso judicial, esto es sin perjuicio de la representación legal que les compete a sus padres, o guardadores. Para estos casos y tomando en consideración el modelo italiano, se considerará necesaria la defensa técnica en los casos que los NNA sean partes en un proceso, no siempre, ni en todos los casos se requerirá de un abogado que defienda sus derechos en juicio, será necesaria la designación en los casos en que sea parte, por ejemplo el ejercicio de uno o más de sus derechos, como ocurre en las medidas de protección, cuidado personal, suceptibilidad de adopción, adopción propiamente tal, nombramiento de guardador, en tal caso, además de que el NNA es parte en el proceso, no podrá ser representado por sus padres o tutores, en caso de que estos actúen como requerientes o requeridos, ser sujetos procesales independientes, entonces, será necesaria la defensa técnica, cuando siendo parte de un proceso el NNA tenga intereses contradictorios con sus representantes, estimo que en todas las materias mencionadas, debiera existir un abogado para el NNA. Lo mismo en los casos en que se discute su cuidado personal, donde además debería ser considerado parte del proceso, también en ciertos casos de reclamación de filiación, en que el derecho invocado sea contradictorio con el o los representante(s) legal(es).

Se deben precisar las materias en que es obligatoria la presencia de un abogado, materias como requerimiento de adopción de medidas de protección, nombramiento y remoción de guardador, suspensión de patria potestad, suceptibilidad de adopción, adopción, cuidado personal, violencia intrafamiliar, solicitud para enajenar un bien raíz. En otros casos, se deberá determinar en cada situación si es necesario el nombramiento, ello podría ser en los casos de reclamación, impugnación de filiación, acción de reclamación e impugnación de filiación, en los casos en que no halla acuerdo con sus representantes legales.

Se deben crear fórmulas concretas de acceso de NNA a las oficinas que ejerzan esta defensoría.

Sin perjuicio lo anteriormente dicho, además se debe perfilar el concepto del derecho del NNA a ser oído que no existan dudas de que el derecho a ser oído es un derecho, no una diligencia del proceso, no es tampoco un medio de prueba y que el derecho a ser oído se ejerce en juicio, siendo una de sus tantas manifestaciones a través de una defensa jurídica capaz de representar los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia.

1 Contexto futuro

Para la proposición de una propuesta concreta, es dable señalar que en la actualidad, se está trabajando sobre la idea de legislar un nuevo estatuto regulador de los derechos de la infancia y la adolescencia, lo que se desprende de un Mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, denominado Sistema de Garantías de los Derechos de la niñez, de fecha 14 de septiembre de 2015 y que entró a la Cámara de Diputados el 24 de septiembre de 2015. En lo atinente, este mensaje prescribe en su artículo 29: “Asistencia jurídica. Todo niño tiene derecho a contar con la debida asistencia jurídica para el ejercicio de sus derechos, en conformidad a la ley.”¹⁷⁸

Sin embargo, en la mencionada norma no se señala a quien se encomendará esta labor, dejando esta posibilidad abierta a que quien ejerza este importante rol, será alguna de las instituciones dedicadas a la defensa penal o infantil en su caso, ello se deduce, de la relación con otra figura creada por esta ley, denominada el defensor de la Infancia. Esta institución, sin embargo, no tendrá dentro de sus funciones otorgar defensa jurídica en juicio, dejando esta función a otras instituciones, al respecto en Consejo Nacional de la Infancia señala que: “En el marco de la adecuación de nuestra legislación a la Convención, próximamente se enviará el proyecto de Ley que crea al Defensor de la Niñez, que busca crear esta nueva figura autónoma como garante de los derechos de las niñas y niños, que actúa como magistratura de persuasión y recomendación. Esta

¹⁷⁸ Texto de mensaje de la Presidenta Michelle Bachelet, sobre Ley que crea Sistema de Protección de Derechos de la Infancia, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10729&prmBL=10315-18 [consulta 4 de diciembre de 2016]

institución no intervendrá en procedimientos judiciales, actividad que corresponderá a la Defensoría Penal Pública o a programas de defensa judicial, según corresponda. ¿Cuáles son los programas de defensa judicial? ¿Serán las Corporaciones de Asistencia Judicial?

En el primer semestre de 2016, se impulsará la creación del nuevo Servicio de Protección, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social; y del Servicio de Responsabilidad Penal Adolescente, dependiente del Ministerio de Justicia. La creación de estos organismos permitirá superar al actual Servicio Nacional de Menores, asumiendo sus funciones dentro de la nueva óptica de derechos. Por otra parte, se impulsará también la creación de un sistema local de niñez dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y los ajustes y modificaciones a la legislación de tribunales de familia que resulten necesarios para derogar la Ley de Menores.”¹⁷⁹

De estas futuras eventuales reformas, se deduce que se elimina el Servicio Nacional de Menores, por tanto, ya no sería una de las instituciones representantes de los derechos de NNA en juicios e familia, se consagra el derecho a la defensa de los NNA, el nuevo defensor de la niñez no intervendrá en procedimientos judiciales, actividad que corresponderá a los “programas de defensa judicial”. No se indica cuáles son estos programas de defensa judicial, por lo que se puede suponer por descarte que la defensa de los NNA en procedimientos judiciales será de exclusividad de la Corporación de Asistencia Judicial, al menos ante Tribunales de Familia.

2 Propuesta propiamente tal

Primero, se debe modificar la denominación curador ad litem por abogado defensor de los derechos de NNA o por una denominación consecuente con el rol de esta defensa técnica.

Se propone la creación de una defensoría similar a la que actualmente ejerce la corporación de asistencia judicial en materia laboral, en el sentido de separar la

¹⁷⁹ <http://www.consejoinfancia.gob.cl/2015/09/21/presidenta-bachelet-envia-al-congreso-proyectos-de-ley-de-garantias-de-derechos-de-la-ninez-y-el-que-crea-la-subsecretaria-de-la-ninez/> consulta [4 de diciembre de 2016]

tramitación civil patrimonial, de la tramitación en tribunales de familia, considero factible aprovechar la especialización y experiencia ganada hasta ahora por los abogados-curadores ad litem de las Corporaciones de Asistencia Judicial, creando para ello oficinas especializadas con asiento en cada comuna en que ya se encuentran instaurados los Centros de Atención. Físicamente incluso podría ser en los mismos centros de atención, pero con una mayor inyección de recursos que permita trabajar con herramientas adecuadas y respetuosas del trabajo de los profesionales y de los NNA.

Estas unidades deberán contar con un número de profesionales suficientes para el ejercicio adecuado de su cargo, no debería asignarse a cada abogado un número superior a 100 causas mensuales.

Quienes se desempeñen como abogados defensores de los NNA, deberán contar con experiencia de a los menos 3 años, en la asistencia de causas de derecho de infancia y adolescencia y tener a lo menos especialización en materias de familia, de diplomados, cursos, seminarios y otras actividades formativas.

En cada centro de atención debe haber a lo menos un sicólogo, un asistente social, una secretaria, un técnico jurídico y abogados suficientes para litigar dependiendo de las características de cada comuna y considerando que no es aconsejable ejercer la defensa en mas de 100 causas mensuales.

La designación del abogado defensor debería ser, como regla general, al momento de dictar la resolución que provee la demanda o requerimiento, sin perjuicio de la facultad de designar en cualquier etapa del procedimiento, para los casos en que se detecte la necesidad por el juez.

Sea cual fuere la decisión legislativa que se elija, cualquier reforma a este artículo debe considerar que nuestro ordenamiento jurídico en materias de infancia y adolescencia se encuentra regido por un marco regulador consistente en una serie de principios básicos y fundamentales, siendo el principio regulador o angular el principio del interés superior del niño, que en definitiva se traduce en reconocer a los NNA y adolescentes su calidad de sujetos de derecho.

Los niños, niñas y adolescentes, son personas, menores de edad, pero personas, titulares de derechos, por lo que como cualquier persona o sujeto de derecho, les son aplicables todos los Tratados Internacionales aprobados por el Estado

de Chile y que se encuentran vigentes que versan y regulan los derechos humanos, dentro de estos Tratados, como ya se señaló está la Convención Americana de los Derechos del Hombre o Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, Tratados aplicables a todas las personas, sin ninguna distinción.

Además de los tratados de derechos humanos ya señalados, la humanidad se ha ido dotando de otros cuerpos normativos específicos para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, formando un verdadero Corpus Iuris de los NNA, es decir un conjunto de normas que se encuentran destinadas a garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, de éstas, la norma por excelencia es la Convención de los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Adicionalmente a los instrumentos Internacionales vinculantes, anteriormente señalados, existen otros instrumentos tanto declarativos como formales, que plasman derechos de la infancia, tanto a nivel internacional como regional, entre estos están, la Declaración de Ginebra de 1924, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.¹⁸⁰

Por lo anterior, un marco dogmático regulatorio que permita crear un estatuto de representación judicial de NNA ante los Tribunales de Familia, debe descansar y construirse sobre la base de ciertos principios y apuntando a la satisfacción de determinados derechos, proclamar en un texto legal que los NNA son sujetos de derecho, y sancionar severamente su ejercicio en condiciones de desigualdad. Si estos derechos no pueden ejercerse ante los tribunales de familia, o su ejercicio es desigual, la proclamación de los mismos resulta ser una mera declaración, por tanto letra muerta. Se debe trabajar entonces, bajo los principios del interés superior del

¹⁸⁰ TRONCOSO, María Olga, SOTO, Ricardo, PUYOL, Carolina, Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia, Primera Edición, Santiago de Chile, septiembre 2014, p.25-40.

niño, del niño como sujeto de derechos, garantizar el derecho del niño a ser oído, su derecho a la participación, a la no discriminación, al debido proceso y consecuente con lo anterior, su derecho a la defensa jurídica.

En este nuevo escenario, se debe reconocer que el instituto de la capacidad regulada en el Código Civil, y en el Código de Procedimiento Civil, (por defecto), no es aplicable a la hora de ejercer los derechos del NNA en un determinado proceso ante los tribunales de familia, como ya apuntábamos, “ello ha conducido a separar las reglas de la capacidad en el acto jurídico, de las que rigen la capacidad en el ámbito extramatrimonial, de los derechos de la personalidad o los derechos fundamentales”.¹⁸¹

En relación a esta idea, los NNA constituirán y deberán participar en los juicios, en que sus derechos sean vulnerados o sean el objeto del juicio, como partes de dicho proceso.

¹⁸¹ BARCIA Lehmann, Rodrigo, La capacidad extramatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez, Revista Ius et Praxis, año 19, (2): 5, Santiago, Chile, 2013

CONCLUSIONES.

Existen serias falencias e insuficiencias del desarrollo normativo del curador *ad litem* como el representante del niño, por lo que habrían razones para proponer un estatuto diferente al actual, principalmente porque la propia redacción de la norma tantas veces citada, da pie, para diversas interpretaciones, por tanto insta a la falta de uniformidad de criterios en cuanto al rol, por ende es necesaria la elaboración de criterios necesarios una institución dedicada a la representación de derechos de niños, niñas y adolescentes, proponiendo un estatuto regulador de los representantes de niños en juicio.

Sus orígenes se remontan a la sustitución de voluntad por incapacidad de celebrar contratos o negocios con terceros, y se asocia a los actos jurídicos patrimoniales.

La figura del curador *ad litem*, así como está plasmada en la ley no reconoce a los NNA como verdaderos sujetos de derecho, los considera incapaces, y a partir de esa incapacidad para actuar en la vida jurídica, designa entonces, para algunos casos, no para todos los casos, un representante especial, distinto al regulado a propósito de las normas regulatorias de la patria potestad.

La clase de representación que instaura el artículo 19 de la Ley 19.968, no cumple con los estándares de las actuales concepciones de NNA, no los reconoce como sujetos de derecho, son incapaces de actuar, incapaces de defender sus derechos en juicio.

Como son incapaces, sólo pueden actuar representados y esta representación es subsidiaria, es decir sólo es necesaria para aquellos casos en que los niños, niñas y adolescentes carezcan de representante legal o teniéndolos, sus intereses sean independientes o contradictorios con éstos.

Su designación queda entregada a la voluntad o criterio del sentenciador, ya que sólo en ciertos casos y a discreción del magistrado que conozca del asunto, se realizará este nombramiento, lo vulnera el principio de igualdad y no discriminación.

Como los NNA, no son sujetos de derecho, no son partes en el proceso, sólo están en juego sus "intereses", intereses que pueden ser contradictorios o independientes con los de los adultos que si son parte en los procesos.

Como los NNA, no son considerados parte en el proceso, son meros terceros, que eventualmente podrán tener un interés en el proceso, por tanto no se les garantiza su derecho al debido proceso.

Consecuentemente con ello el rol del curador *ad litem* que plasma la Ley 19.868, no es otorgar defensa jurídica, sino actuar como mero representante que suple la representación legal. Si bien, se señala que será un abogado quien ejerza la representación, esto no constituye un verdadero derecho a la defensa jurídica, porque no se garantizan los elementos mínimos de esta, entre otros el acceso igualitario, la especialización, etc.

Como no está clara la naturaleza jurídica del curador *ad litem*, es decir, el rol que desempeña en el juicio, por lo tanto cuáles son las funciones que debe desempeñar, deja una amplia brecha para que se pueda optar a que en cada caso, en que éste actúe como el abogado del niño, ejerciendo funciones que serían las propias que emanan del derecho a la defensa jurídica, concebirlo como un representante diferente al abogado, que opera como una especie de consejero, o guardián *ad litem*, esto es una persona encargada de velar, por el cumplimiento de las ritualidades del juicio, en definitiva por que el proceso cumpla sus formalidades, pero sin mayor participación en la defensa técnica del NNA. Esto nuevamente trae consigo, una discriminación en cuanto a la participación de los NNA en los procesos.

En cuanto a quienes ejercen este rol, no está dada esta tarea a una institución en específico, por lo que muchos casos se designa a abogados de la Corporación de Asistencia Judicial, en otros casos a abogados del Sename, ya sea de los Programas de Representación Judicial, (que además fueron creados para la defensa penal), en ciertas ocasiones, además se designan a las Oficinas de Protección de Derechos, (cuya misión no es la representación judicial, sus funciones se desempeñan en la línea de prevención del Sename), esto repercute en que el ejercicio del abogado que desempeñe este rol, no será con estándares igualitarios de defensa, se ha sostenido que “El curso de este estudio ha mostrado que los operadores tienen una conciencia clara de este requerimiento técnico asociado a la idea de defensa, lo que eventualmente sería una razón para preferir con mucha holgura la designación de abogados de las Corporaciones de Asistencia Judicial, entre otras razones, por su

mayor experiencia y destreza en la litigación”¹⁸² Entonces, habrán NNA representados por abogados más especialistas que otros, por lo que nuevamente repercutirá en una desigualdad entre NNA en un determinado proceso.

Aún cuando la designación de curador *ad litem* recayera sólo en abogados de la Corporación de Asistencia Judicial, el funcionamiento de los Centros de Atención de las misma, son diversos, como vimos en el cuadro que se presentó, hay dos Centros de Atención que están especializados en el ejercicio de curador *ad litem*, Centro de Atención de Curadurías de Santiago, y el Creden, en otra medida, el Centro de Atención Paine y Buin, puesto que en estos últimos el Tribunal sólo designa como curador *ad litem* a los abogados de dichos centros, por lo que la especialización de estos abogados en la *curaduría ad litem* es similar a la de los abogados de los dos centros señalados, con la diferencia que en estos últimos (Buin y Paine), sus abogados ejercen su rol tanto de curadores *ad litem*.

La forma de designación a los Centros de Atención de las CAJ también es diversa, en algunos casos se designa a determinado abogado, en otros, al abogado jefe del Centro de Atención y otras veces al Centro de Atención en su globalidad.

Los criterios de designación por materias tampoco son uniformes, en la mayoría de los casos se nombra curador sólo en las medidas de protección y en menor medida en otras materias.

Pese a estas negativas conclusiones, se debe mencionar que la instauración de la figura del curador *ad litem*, aún en su defectuosa forma de ser prescrita por la Ley, ha servido para abrir una puerta, para visibilizar a los NNA en juicio, de la mano, de la gran modificación que ha significado pasar de los Juzgados de Menores a los Tribunales de Familia¹⁸³. Hay elementos en la norma analizada, que si bien, han sido objeto de diversas interpretaciones, no es menos cierto, que permiten sostener y practicar una defensa técnica. Estos elementos son:

¹⁸² Consejo Nacional de la Infancia. op.cit., p.92

¹⁸³ No es posible dejar de mencionar que los principios que informan los nuevos procedimientos orales, la oralidad, la intermediación, el rol activo del juez en el proceso, la libertad de prueba, permiten salvar varios de los defectos que podría haber ocasionado esta contradictoria norma, porque al menos permite que al NNA tener contacto directo con el juez, ser conocido por el, observarlo directamente, asimismo permite y ha permitido llegar a muchos acuerdos entre jueces y curadores para ir perfilando un rol, perfil que día tras día, caso tras caso, ha permitido llevar a cabo una tarea mucho más cercana a un verdadero abogado defensor y mucho más lejana a un curador *ad litem*

Permitir que intervenga un representante distinto a los padres en un juicio de familia, una persona ajena, imparcial, que pueda escuchar y atender las inquietudes, opiniones, sentimientos, desacuerdos etc de los NNA.

Que este representante sea abogado, porque no es lo mismo que se hubiera designado a otro tipo de profesional o persona, para representar los intereses de un NNA en juicio, la ventaja de que sea abogado, da pie a que éste actúe desplegando sus habilidades como litigante.

Es positivo además, que este abogado, no sea un abogado cualquiera, sino un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial, profesionales que en general cuentan con especialización en asuntos de familia¹⁸⁴, como también abogados que se dediquen a la defensa y promoción de los derechos del niño, esto permite reconocer que la intención del legislador fue otorgar al niño un abogado especialista para la representación de sus intereses en juicio.

Facultar al abogado, (curador *ad litem*), para que actúe en todas las gestiones judiciales, permite sostener que el NNA podría ser considerado como parte del proceso.

¹⁸⁴ Cuando se instaura la reforma de familia, los abogados que fueron contratados para ejercer como tales, fueron en su mayoría abogados con algún grado de especialización en derecho de familia, infancia, adolescencia y litigación, junto con ello, la CAJ realizó cursos y seminarios en estas materias, para perfeccionar el ejercicio de éstos, además dentro de la CAJ Metropolitana, se establecieron criterios de especialización, dividiéndose las funciones en abogados civilistas, penalistas, laboralistas y de familia.

BIBIOGRAFÍA CONSULTADA

I- LIBROS Y REVISTAS

AGUILERA CHAPARRO, Gonzalo, “Del derecho del niño a ser oído y del derecho a la defensa jurídica de los niños, en el actual ordenamiento jurídico familiar. Breves comentarios sobre algunos tópicos jurídicos y acerca del rol del abogado representante del niño, niña o adolescente”, Espejos de Infancia, Análisis e intervenciones en violencia infantil, Fundación Paicabí, Valparaíso, Chile, 2010.

ALESI, Martín, Principios rectores del debido proceso, En: FERNANDEZ SILVIA, Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, La Protección Integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial, Tomo III. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2015

ALVEAR, Carlos, Sename, Nota Técnica N°2, Unidad del Comisionado de la Infancia y Adolescencia, Derecho la Representación Judicial de niños, niñas y adolescentes, abril, 2016.

ASSANDRI, Mónica, Principios y reglas generales del proceso ante el fuero de familia, En: Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, La Protección Integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial, Tomo III. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina

BAEZA Concha G. y PEREZ Cabrera, J., Los Nuevos Tribunales de Familia, Procedimiento Ordinario, 3ª ed. , Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, Noviembre 2010.

BARCIA Rodrigo, Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia, Punto Lex Thomson Reuters , 2011

BARCIA Lehmann, Rodrigo, La capacidad extramatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez, Revista Ius et Praxis, año 19, (2), Santiago, Chile, 2013

BELOFF, Mary, Protección Integral de los Derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, Justicia y Derechos del Niño, (1), Noviembre, 1999.

CANÇADO, Antonio, El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión Librotecnia, Santiago de Chile, agosto 2008.

CASARINO, Mario, Manual de Derecho Procesal, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, Sexta Edición, Santiago de Chile, septiembre 2009.

CILLERO Bruñol, M, De la Tutela a las Garantías Consideraciones sobre el proceso penal la justicia de adolescentes, Revista de Derechos del Niño, UNICEF. Universidad Diego Portales, (2) , 2003.

CILLERO Bruñol, Jaime El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en García Méndez, Emilio; Bellof, Mary (Comp.), Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Ed. Temis/Ediciones Depalma, Bogotá/Buenos Aires, 1998.

CILLERO Bruñol, Miguel El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Justicia de Derechos del Niño, UNICEF, (9). Santiago, Chile, agosto 2007

CILLERO Bruñol, Miguel, El Interés superior del niño en el marco de la Convención de los derechos del niño, Justicia y Derechos del niño, UNICEF: 126, Santiago, agosto 2009.

CILLERO Bruñol, Miguel, Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios UNICEF-IIN, Derecho a Tener Derechos (4), 1999.

CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2015). Estudio “Análisis del sistema actual de representación judicial de los niños, niñas y adolescentes por curadores ad litem y propuesta de un sistema de acceso a la justicia en el marco de un Sistema Integral de Garantías de Derechos” realizado por Ignacio De Ferrari Vial y equipo adjunto. Santiago, Chile, noviembre 2015

CORREA, P. y VARGAS, M., La voz de los niños en la Justicia de Familia en Chile. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, 17 (1), 2011.

COUSO, Jaime. El Niño como sujeto de derecho y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho del niño a ser oído, Revista de Derechos del Niño, (3 y 4), UNICEF. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2006

REAL ACADEMIA de la Lengua española, diccionario de la Lengua española, vigésima edición, tomo I, Madrid 1984.

FREEMAN D, Michael, Tomando más en serio los Derechos de los Niños, Revista de Derechos del Niño UNICEF- Universidad Diego Portales, (3-4), 2006.

GREEVEN, Nel. Filiación, Derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa, segunda edición actualizada, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2017

GUTIERREZ, Rosa y VARGAS, María, ROCHA, Emerson, Curadores ad litem, evolución o retroceso en las reformas procesales de Colombia y el mundo, Justicia Juris, 10(2), Julio-Diciembre, 2014.

HERRERA, Marisa, Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de los niños, niñas y adolescentes

desde el principio de autonomía progresiva en el Derecho Argentino, Justicia y Derecho del Niño, Sección Primera, Artículos para el debate, (11), Unicef, Santiago de Chile, Primera Edición, octubre, 2010.

LATHROP, Fabiola. La Protección especial de Derechos de Niños, niñas y adolescentes en el Derecho Chileno, Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, Julio 2014.

LEPIN, Cristian, El Principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho, vol 40, (2): 515, Santiago, 2013.

LEPIN, Cristian, Los Nuevos Principios del Derecho de Familia, Revista Chilena de Derecho Privado, (23), Santiago, Chile, Diciembre, 2014

LOVERA, D y CODDOU, A. Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía, Justicia y Derecho del Niño, (11), octubre 2010.

MAGNO, Giuseppe, Il minore come soggetto processuale, commento alla convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli. Giuffrè, Milano, 2001.

MATURANA, Cristian, "Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral", en Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, "Proyecto de Código Procesal Civil.

MEDINA, Quiroga Cecilia, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno, Constitución Tratados y Derechos Esenciales, Corporación Nacional de Reparación reconciliación.

MILLÁN P., VILLAVICENCIO L. MILLÁN Patricio, VILLAVICENCIO Luis, La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección en Revista de Derechos del Niño N° 1, Universidad Diego Portales, UNICEF, Santiago de Chile, 2002.

NUÑEZ, Raúl, “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios), en Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil”, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición. Santiago de Chile.

NUÑEZ, René, CORTES, Mauricio, Derecho Procesal de Familia, La primera reforma procesal civil en Chile, Editorial Thompson Reuters,

PÉREZ, Ricardo, Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes. Justicia y derecho del niño, Unicef, (9), Santiago, Chile, 2007.

PINTO Gimol, Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensa Jurídica: El Rol del abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal, en Acceso la Justicia de Niños, Niñas Y Adolescentes, Estrategias de buenas prácticas de la defensa pública, Unicef, Argentina, 2011.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil y Leyes Complementarias, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, Octubre de 1999.

RODRÍGUEZ, María Sara, “Una relectura de la función tuitiva persona y los bienes de los hijos” Revista Ius et Praxis, Año 16, No 1, Talca, 2010, pp. 55 – 84 disponible en [http: www.scielo.cl](http://www.scielo.cl)

SAMPER, Francisco, Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1975.

Serie de Reflexiones. Infancia y Adolescencia, N°13. Chile. Nueva Institucionalidad de la Infancia y Adolescencia en Chile. Aportes de la Sociedad Civil y del mundo académico, UNICEF, Santiago, enero de 2012.

TRONCOSO Latorre, Hernán, “Derecho de Familia”, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2006.

TRONCOSO, María Olga, SOTO, Ricardo, PUYOL, Carolina, Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia, Primera Edición, Santiago de Chile, septiembre 2014

ZARRALUQUI, Luis, El menor en los procesos de familia, Los Menores en el Proceso Judicial. La protección del menor frente al derecho a un juicio justo: 59-91. Editorial Tecnos, España, 2011

II- PAGINAS VISITADAS (INTERNET)

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-ley/modificaciones/260/aHR0cDovL2hpc3RvcmlhZGVsYWxleS5iY24uY2wvbmMvbGlzdGEtZGUtcmVzdWx0YWRvLWRILWJ1c3F1ZWRhL2N1cmFkb3IIMjBhZCUyMGxpdGVtLw%3D%3D/#tab-3>>[consulta:15/12/2015]

2. Corporación Asistencia Judicial, Noticias, disponible en<<http://www.cajmetro.cl/noticias/unidad-de-curaduria-ad-litem-de-la-oficina-de-familia-de-santiago/>> [Consulta: 12 de enero de 2017]

3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> [consulta: 12 de diciembre de 2015]

4. <http://www.consejoinfancia.gob.cl/2015/09/21/presidenta-bachelet-envia-al-congreso-proyectos-de-ley-de-garantias-de-derechos-de-la-ninez-y-el-que-crea-la-subsecretaria-de-la-ninez/> consulta [4 de diciembre de 2016]
5. Código de la Niñez de Uruguay. <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3097033.htm> [Consulta: 12 de febrero de 2017]
6. Ley 1098 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia de la República de Colombia, de 8 de noviembre de 2006, disponible en <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1673639> [consulta: 4 de diciembre de 2016]
7. Ley 201 de 1995 Por la cual se establece la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y se dictan otras disposiciones, Colombia 28 de junio 1995, disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1831796>>[consulta: 5 de enero 2017]
8. Observación General N° 12, “El Derecho del Niño a ser escuchado”, Comité de los Derechos del Niño, Ginebra 25 de mayo a 12 de junio de 2009. www.unicef.cl [consulta: 8 de diciembre de 2015.]
9. Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de migrantes, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, http://servicios.pjud.cl/DAI/pdf/publicaciones/ninas_ninos.pdf, [consulta: 25 de noviembre 2016]
10. Sename, Nota Técnica N°2, Unidad del Comisionado de la Infancia y Adolescencia, Derecho la Representación Judicial de niños, niñas y adolescentes, abril, 2016, p.9

http://www.sename.cl/wsename/otros/bases_tecnicas_preencion.pdf [Consulta: 12 de enero de 2017]

11. Texto de mensaje de la Presidenta Michelle Bachelet, sobre Ley que crea Sistema de Protección de Derechos de la Infancia, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10729&prmBL=10315-18 [consulta 4 de diciembre de 2016]

12. www.sename.cl <http://www.sename.cl/web/nuestra-institucion/> [consulta: 12 de enero de 2017]

III- NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS

Convención Internacional de los Derechos del Niño

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Código Civil chileno.

Código Civil español

Código de la Niñez y la Adolescencia entró en vigencia el 14 de septiembre del año 2004

Constitución Política de la República de Chile

Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia

Ley de Adopción de Menores

Ley 201 de 1995 Por la cual se establece la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y se dictan otras disposiciones, Colombia 28 de junio 1995

Ley 1098 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia de la República de Colombia, de 8 de noviembre de 2006.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. España.

INDICE TEMÁTICO

	Página.
INTRODUCCIÓN.....	2-7
CAPÍTULO PRIMERO: AMBITO DE COMPETENCIAS Y FUNCIONES DEL CURADOR AD LITEM.....	8-24
1. Sobre el curador ad litem.....	8-12
1.1 Antecedentes Históricos de la Institución.....	8-11
1.2 Antecedentes de la Históricos del artículo 19 de la Ley 19.969...	11-12
2 Designación de curador ad litem en el artículo 19 de la Ley 19.968...	12-24
2.1 Casos en que se debe designar un curador ad litem.....	13-16
2.2 Representación legal de niños, niñas y adolescentes reglas actuales.....	16-20
2.3 Carencia e imposibilidad de representación ordinaria. Alcances.....	20-22
2.4 Facultades y competencias que otorga la ley 19.968 al curador ad litem..	23-25
CAPÍTULO SEGUNDO: LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS CAPACES DE EJERCER SUS DERECHOS EN JUICIO.....	26-41
1. Principios y derechos justificatorios del representante de los NNA en los procesos judiciales ante los Tribunales de Familia	26-30
1.1 El niño como sujeto de derechos o el interés superior del niño.....	31-33

1.2	Convención de los Derechos del niño en relación a su representación en juicio.....	33-37
1.3	Principio de autonomía progresiva.....	37-39
1.4	Principio de no discriminación.....	39-41
2-	El derecho del niño a ser oído ante un Tribunal.....	39-45
2.1	El derecho del niño a ser oído en la Convención de los Derechos del niño..	41-42
2.2.	Formas en que el niño puede ser escuchado en un juicio en los tribunales de familia en Chile.....	42-47
2.3.	Relación entre la figura del curador ad litem y el derecho del niño a ser oído.....	47-49
3.	El derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar y ser representados jurídicamente en juicio.....	49-68
3.1.	La CDN y el derecho a la defensa de los niños.....	49-52
3.2.	Capacidad Procesal, y los NNA como partes del proceso.....	52-56
3.2.2	Los NNA como partes del proceso.....	57-58
3.3	El derecho al debido proceso.....	58-60
4.	La Doctrina Nacional y el Rol del curador ad litem.....	60-68
4.1	El derecho a la defensa jurídica de los niños.....	60-61
4.2.	Relación entre el curador ad litem y el niño.....	61-66
4.3.	Tipo de representación que debe ejercer el curador ad litem.....	66-68
CAPITULO TERCERO: EL ROL DEL CURADOR AD LITEM EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA DE LA REGIÓN METROPOLITANA.		69-80
1.	Materias en que se designa curador ad litem.....	69-71
2.	Oportunidad y forma en que se les designa.....	71-72

3	Valor que se les ha otorgado a su comparecencia por el NNA como curador...	72-73
4	Abogados nombrados curadores ad litem.....	74
4.1	Rol de la Corporación de Asistencia Judicial.....	74-78
4.2.	Rol del Servicio Nacional de Menores.....	78-80

CAPITULO IV. LA REPRESENTACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS JUICIOS DE FAMILIA, INFANCIA Y ADOLESCENCIA. MODELOS EN DERECHO COMPARADO.....	81-99
--	--------------

CAPÍTULO V. PROPUESTA.....	100-108
-----------------------------------	----------------

CONCLUSIONES	109-112
---------------------------	----------------