



Universidad de Atacama

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**EL DERECHO QUE TIENE TODO NIÑO, NIÑA Y
ADOLESCENTE A SER OÍDO EN LOS JUZGADOS DE
FAMILIA DE LA REGIÓN DE ATACAMA**

Melany Sepúlveda Urra

2021



Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho

**EL DERECHO QUE TIENE TODO NIÑO, NIÑA Y
ADOLESCENTE A SER OÍDO EN LOS JUZGADOS DE
FAMILIA DE LA REGIÓN DE ATACAMA**

“Memoria presentada en conformidad a los requisitos para Obtener el Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas”.

Profesor guía: Felipe Ulloa Cruz

Melany Sepúlveda Urra

2021

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a quienes a lo largo de este camino me incentivaron y no me dejaron bajar los brazos, en especial a mi madre, ya que sin ella nada sería posible.

A mi profesor guía, por su ayuda en el proceso de elaboración de mi tesis, actuando siempre con buena disposición.

Y desde luego esta memoria fue posible gracias a los funcionarios de los tribunales de familia de la región de Atacama que colaboraron respondiendo las encuestas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: “DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN GENERAL Y SU CONSAGRACIÓN LEGAL”	4
1.1 Conceptos de niño, niña y adolescente, derecho a ser oído e interés superior del niño y autonomía progresiva.	4
1.2 Consagración en el Derecho Internacional.....	11
1.3 Consagración legal en nuestro país.....	19
CAPÍTULO II: “APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA”	26
2.1 Rol del Juez de familia, del Consejo Técnico y del Curador <i>ad Litem</i> en el ejercicio del derecho del niño a ser oído.	26
2.2 Ejercicio del derecho del niño a ser oído en los juzgados de familia de Chile.	29
2.3 Opinión de jueces de familia, curadores <i>ad litem</i> , consejeros técnicos y abogados litigantes de los tribunales de familia de la región de Atacama.	37
CAPÍTULO III “ANÁLISIS Y CONTRASTE: LEY Y PRÁCTICA A PARTIR DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO”	50
3.1. Criterios considerados para que un niño, niña o adolescente ejerza su derecho a ser oído en los Juzgados de Familia.....	50
3.2 ¿Cómo son llevadas a cabo las entrevistas a los niños, niñas y adolescentes en los juzgados de familia?	53
3.3 Factores que determinan la participación del niño, niña o adolescente en el procedimiento.....	57
3.4 Consideración de la valoración de los jueces sobre la opinión del niño, niña o adolescente a la hora de emitir sentencia.	60
3.5 Habilidades que deben tener los funcionarios de los juzgados de familia al momento de efectuar las entrevistas con los niños, niñas y adolescentes.	62
CONCLUSIONES	65
BIBLIOGRAFÍA	68

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho internacional uno de los antecedentes más importantes respecto del derecho del niño a ser oído es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en vigor desde el año 1990, a partir de la entrada en vigor de esta Convención se produce el cambio de paradigma al considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, asegurándoles las mismas prerrogativas que a los adultos. Mientras en la legislación nacional la más importante es la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, publicada recientemente el año 2004, dicha ley ampara algunos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención Internacional de los derechos del niño, entre estos el derecho de los niños a ser oídos, que comprende que ellos deben ser escuchados y su opinión debe ser debidamente tomada en cuenta por el juez de familia en todos aquellos asuntos que afecten sus derechos y su vida presente y futura.

Continuando con lo precedentemente expuesto, en la actualidad, en la legislación interna del derecho chileno al igual que en el derecho internacional, no se refuta el derecho del niño a ser oído, considerándolos como sujetos de derecho y dejando atrás la idea de verlo como un mero objeto que se encontraba sometido a la facultad de sus padres o adultos responsables. En tal sentido, hay diversas investigaciones y tesis en Chile con relación al tema del derecho de los niños a ser oídos, centrándose en diferentes ámbitos, pero no específicamente en relación con su ejercicio y aplicación en los Tribunales de Familia de la Región de Atacama.

Es por este motivo que, basándonos en la escasa información que existe con respecto a cómo los funcionarios de los Juzgados de Familia; jueces, curadores *ad litem*, consejeros técnicos y abogados litigantes, están promoviendo el ejercicio del derecho del niño a ser oído en los tribunales de familia de la región de Atacama, y debido a que el principal problema de este derecho se produce en la práctica y su ejercicio en los tribunales, es indispensable conocer cómo se ejerce este derecho y la manera en que se hace partícipes a estos como sujetos de derecho, respetando su interés superior y

autonomía progresiva. Además, esta memoria tiene por objeto poner en evidencia las diferentes problemáticas presentes en el ejercicio del derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchados y en qué medida pueden afectar estas, a los involucrados que en definitiva son los niños, niñas y adolescentes de nuestra región al momento de emitir su opinión. Para así, en base a lo que investigado dejar en evidencia si es la ley referida a esta materia la que prevalece o si, por el contrario, los tribunales hacen caso omiso a esta, guiándose por prácticas y costumbres recogidas por el paso del tiempo.

En cuanto al marco metodológico, primero se desarrollará un método de investigación dogmático, de modo que se estudiará el ordenamiento jurídico de manera formal tanto el internacional como el nacional, esto con el objetivo de poder identificar instancias procesales en que debieran ser oídos los niños, niñas y adolescentes, se trabajará con fuentes primarias de información tales como normas jurídicas nacionales e internacionales, decretos, reglamentos y demás actos administrativos de instituciones públicas. Además, se realizará un estudio cualitativo mediante encuestas realizadas a los jueces de familia, curadores *ad litem*, abogados litigantes y consejeros técnicos de los juzgados de familia de la región de Atacama, para conocer su apreciación sobre el tema, determinando las falencias y aspectos favorables que a su juicio tiene el sistema, así como puntos pendientes para mejorarlo, y por tanto poder verificar la manera en que los niños, niñas y adolescentes son oídos y por último una aproximación descriptiva, analítica y comparativa, porque se hará un análisis del comportamiento de este derecho en nuestro sistema judicial de familia, y se examinará de manera crítica las formas en que los niños, niñas y adolescentes son oídos en los Tribunales de Familia de Copiapó y Vallenar en esas instancias.

Para llevar a cabo los objetivos planteados en la presente investigación, la memoria se dividió en tres capítulos:

En primer lugar, en términos generales nos referiremos a la historia del derecho del niño a ser oído, mediante el derecho internacional, centrándonos principalmente en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las observaciones generales correspondientes, para luego dar paso a nuestro ordenamiento jurídico señalando las

leyes y códigos en que se ratifica este derecho por la legislación Chilena, y las diferentes posiciones doctrinarias que nos dejarán entender de forma clara lo que implica este derecho.

En segundo lugar, se expondrá la manera en que se está ejerciendo e interpretando el derecho del niño a ser oído en la práctica, a lo largo de los Tribunales de Familia de todo el país, para luego a través de las diferentes encuestas realizadas a los jueces de familia, curadores *ad litem*, consejeros técnicos y abogados litigantes de Copiapó y Vallenar, podamos conocer sus opiniones en relación a la aplicación de este derecho, y la forma de participación que tienen los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia.

Finalmente, teniendo en cuenta los resultados del estudio investigativo, sobre las formas de oír la voz del niño, niña o adolescente, asimismo las dificultades, falencias y desafíos que existen en la actualidad para llevar a cabo la aplicación práctica de este derecho. Se realizará un análisis crítico comparativo de lo que sucede en el ejercicio de este derecho en los Tribunales de Familia de la región de Atacama contrastándolo con lo que ocurre en los demás Juzgados de Familia del país y la legislación internacional y nacional con el fin de comprobar si se corresponde lo que señala la legislación y la doctrina con lo que sucede a diario en la práctica.

CAPÍTULO I: “DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN GENERAL Y SU CONSAGRACIÓN LEGAL”

1.1 Conceptos de niño, niña y adolescente, derecho a ser oído e interés superior del niño y autonomía progresiva.

Para dar comienzo al primer capítulo de esta memoria, se hace necesario indagar respecto a que entendemos por niño, niña y adolescente (en adelante NNA), derecho a ser oído, el interés superior del niño y el principio de la autonomía progresiva.

Niño, niña y adolescente: Así las cosas, es la Convención de los Derechos del Niño en su artículo N° 1, (en adelante CDN), quien entrega una definición concreta, infiriendo por niño; *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*¹.

Por otro lado, la ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia (en adelante LTF) en su artículo N°16, al garantizar el interés superior y el derecho a ser oído del niño, niña o adolescente, considera niño o niña a *“todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”*²

Ahora bien, cabe mencionar, que los conceptos utilizados en la LTF y el Código Civil Chileno son distintos, si bien el Código Civil no entrega una noción específica de niño, niña y adolescente, si se remite en su artículo 26 a ello; *llámese infante o niño a todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos*³. Además se debe

¹ UNICEF, comité español. *Convención sobre los derechos del niño. España, 2006. 10 p.*

² Ley 19.968 crea los tribunales de familia. Biblioteca del congreso nacional de Chile. Santiago. 30 de agosto del 2004.

³ Código Civil, Diario oficial de la república de Chile. Santiago, 30 de mayo, 2000.

tener en cuenta que en base al artículo 25 del Código Civil, se logra vislumbrar un aspecto positivo e inclusivo en nuestra normativa claramente de “las niñas”, toda vez que, las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes y en especial las que se refieran a individuos de la especie humana, comprenden ambos sexos, es decir se aplica el aforismo jurídico, donde el legislador no distingue y no le es dado al intérprete hacerlo, por ende que el Código Civil comprenda ambos sexos, en opinión de esta tesista es acertado.

No obstante, sobre la diferencia entre los términos utilizados por la LTF y el Código Civil Chileno, hay que tener en cuenta que la CDN es uno de los antecedentes más transcendental en esta materia y no nuestra legislación, quien entrega un concepto amplio y certero de niño, niña y adolescente, acotando a ello que la CDN siendo un tratado internacional que versa sobre Derechos Humanos, ratificado por Chile y encontrándose vigente, tiene rango constitucional, debido a que al momento de ratificar la Convención, se entiende que todos los derechos reconocidos a los NNA en ella pasan a formar parte de nuestra Constitución, tal como lo prescribe el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR). Por lo que predomina sobre la ley simple, en virtud de lo dispuesto por dicho artículo. Como manifiesta Edmundo Vargas: si bien no existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia sobre el alcance de dicha disposición el criterio predominante hoy día es que el artículo 5 inciso 2 de la CPR otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se están vigentes un valor igual al de la CPR.⁴

A su vez, la Opinión Consultiva N° 17, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), confirma los estándares internacionales al definir niño, como toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.⁵

⁴ VARGAS, Edmundo. “Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI”. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2007. p.216-217.

⁵ Corte Interamericana de derechos Humanos. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Disponible en:

Es importante destacar que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula estrechamente y debe ser interpretado en consonancia con otros dos importantes principios consagrados en la CDN constituyéndose en la práctica en elementos necesarios o indispensables para su plena configuración. Nos referimos al principio del interés superior del niño consagrado en el artículo 3 y el de la autonomía progresiva, recogido en el artículo 5 de la CDN.

El artículo 5 de la CDN dispone 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”*.

Autonomía progresiva: en cuanto a la autonomía progresiva se refiere a la capacidad y facultad de los NNA para ejercer, con cierta independencia, sus derechos. Tal como ocurre en el derecho a ser oído, la autonomía implica la participación personal y directa de los NNA en la realización de sus derechos. Esta capacidad de los NNA para ejercer sus derechos va creciendo en la medida que se desarrollan y van adquiriendo, mayores niveles de independencia y juicio propio. Así, la autonomía progresiva se entrelaza con el interés superior y el derecho a ser oído, pues se trata de que los NNA logren un pleno desarrollo, en cada una de las etapas de su vida y sean comprendidos como sujetos de derechos. Es por puesto que el derecho a ser oído no impone ningún límite de edad al niño o niña para que pueda expresar su opinión y ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. Mas bien la autonomía progresiva tiene que ver con que la opinión del NNA va cobrando más valor en función de su madurez y no de su edad biológica⁶.

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [Fecha de consulta: 1 de septiembre 2021] 38 párr.

⁶ Defensoría de la niñez. Informe anual. Derecho a ser oído. Capítulo 2. 2019. 3p. disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019/II-cap2.html>

Interés superior del niño: al respecto la misma ley 19.968, y su derecho a ser oído, dice que son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.⁷ Esto significa que el interés superior del NNA es un principio rector que funda nuestro ordenamiento jurídico en todas aquellas materias que los involucran y está reconocido como se ha señalado anteriormente en el artículo 3.1 de la CDN: “*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 que se atenderá será el interés superior del niño*” por lo cual, todas las decisiones que se tomen en relación con NNA deben ir orientadas a su bienestar y pleno ejercicio de derechos.⁸ Para ello, lo que tenga que decir el NNA es fundamental para poder determinar ese interés superior, no basta con que un adulto dictamine lo que él piensa que es mejor para ellos, sino que debe considerar las opiniones del NNA. El interés superior de los NNA tiene reconocimiento nacional e internacional y se erige en la dignidad del ser humano, en las cualidades propias de los NNA y en el menester de favorecer su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la CDN⁹.

A este respecto, el principio N°2 de la Declaración de los Derechos del Niño, establece: “*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en*

⁷ Ley 19.968. Op.Cit.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [Fecha de consulta: 08 de julio 2021] 56 párr.

⁹ Defensoría de la niñez. Informe anual. Interés superior del niño. Capítulo 1. 2019. 3p. [fecha de consulta: 08 julio 2021] disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019/II-cap1.html>

condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁰.

El principio anterior se reitera y desarrolla en la CDN, debido a que esta del mismo modo, expresa acerca del interés superior del niño lo siguiente: *“Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”*¹¹. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la CDN establece que éste requiere cuidados especiales, y el artículo 19 de la CADH señala que debe recibir medidas especiales de protección¹². En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los NNA, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el NNA.

La defensoría de la niñez en su informe anual del año 2019 expresa que: a pesar de todas las menciones y aplicaciones que tiene el interés superior del niño, es un principio que no ha recibido una definición acotada. Ello se explica por la dificultad que supone crear una definición única y estática, considerando que cada NNA, si bien pertenece a un grupo especialmente vulnerable de la población, es un ser individual y cuya situación dependerá del caso puntual que enfrente y del momento particular en el que se deba tomar una decisión a su respecto.¹³

¹⁰Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de los derechos del niño*. 1959. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20República%20Dominicana.pdf>

¹¹ UNICEF, comité español. *Op.Cit.*, 10p.

¹² Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Costa Rica. 1969. disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹³ Defensoría de la niñez. *Interés superior del niño*. *Op.Cit* 25p.

La Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple, constituyéndose tanto como; un derecho sustantivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento¹⁴:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, o varios niños, niñas o adolescentes. El artículo 3, párrafo 1 de la CDN, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa o inmediata y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la CDN y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, o un grupo de niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá contener una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas, en el NNA interesado. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar en evidencia que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del NNA frente a otras consideraciones, ya sea que atienda a cuestiones normativas generales o de casos concretos.

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14. 2013. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 22p.

Considerando estos tres ámbitos del concepto de interés superior del niño, se debe recalcar que dar una definición estática del mismo es prácticamente imposible dado que depende de múltiples factores como el triple ámbito en el cual se aplica y la cantidad de NNA considerados como grupos y entes individuales, lo que hace que la definición sea ilimitada¹⁵.

Derecho del niño a ser oído: por otra parte, a propósito del derecho a ser oído, su contenido se desprende, principalmente, del artículo 12 de la CDN, que establece que los Estados partes garantizarán al niño, niña o adolescente, el derecho de expresar su opinión libremente y a que ésta sea escuchada en todos los asuntos que le afecten, se expresa en el artículo en los siguientes términos:

- 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 nacional¹⁶.*

Según dispone Salum; *“Este artículo constituye una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos, ya que apunta a la condición jurídica y social del niño y la niña pues, si bien es cierto ellos carecen de la plena autonomía del adulto, son sin embargo reconocidos ante todo como sujetos de derechos”*¹⁷. Así, el derecho a ser oído implica que el NNA tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta sea debidamente tenida en cuenta en todos los asuntos que le afectan, en función de su edad o madurez.

¹⁵ Defensoría de la niñez. *Interés superior del niño*. Op.Cit. 3p.

¹⁶ UNICEF, comité español. *Convención sobre los derechos del niño*. España, 2006.13-14p.

¹⁷ SALUM Elena, SALUM Sara & SAAVEDRA Ricardo. Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. *Revista latinoamericana de derechos humanos*. Vol. 26 (2). (56-78p) 2015.

El rol de los Estados para garantizar este derecho dice relación con generar las condiciones para que los NNA puedan tener las oportunidades para formarse un juicio propio, además de ofrecer un entorno que les permita ejercer este derecho.

El derecho a ser oído, desde que se aprobó en la CDN, ha evolucionado y ha sido profundizado en su interpretación. En particular, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 12, desarrolla un análisis del contenido del artículo 12 de la CDN. En ella, el derecho a ser oído se define como *“a ser escuchado sin discriminación alguna por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. El ser escuchado es un concepto más exigente que solo el oír lo que el niño, niña o adolescente señala, sino que el escuchar implica la obligación de incorporar debidamente lo que ha manifestado, en función de su edad y grado de madurez y, en el caso que eventualmente no puedan atenderse a las preferencias expresadas, debe justificarse debidamente aquella decisión, atendiendo especialmente a su interés superior”*¹⁸.

Para finalizar este apartado de conceptos, debemos mencionar que la Corte IDH el año 2012 declaró que, en atención a su relación con los demás principios de la CDN, el derecho a ser oído, además, está íntimamente relacionado con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en tanto no es posible una aplicación correcta del interés superior del niño si no se respetan los componentes del derecho a ser oído¹⁹.

1.2 Consagración en el Derecho Internacional.

Es dable mencionar que los NNA son titulares de derechos fundamentales consagrados en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

¹⁸ Comité de los derechos del niño. Observación general n°12. 2009. El derecho del niño a ser escuchado. 33p.

¹⁹ Corte Interamericana de derechos humanos 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párr. 74

(1966), y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). No obstante, cuando nos referimos a la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, el cuerpo normativo universal más relevante es la CDN, que es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho, documento que entró en vigor en Chile en el año 1990, con la promulgación de su articulado como Ley de la República de Chile mediante Decreto Supremo²⁰. Es por lo que, en este apartado respecto de la consagración legal del derecho del niño a ser oído, nos referiremos especialmente a la CDN y a la Observación General N°12 del comité de los derechos del niño que elabora un análisis jurídico del artículo 12 de la CDN.

Así pues, la profesora Gómez de la Torre señala que la CDN, “*no es el primer instrumento jurídico internacional para el fomento y protección de los derechos de los niños, es el resultado de la evolución de estos derechos*”²¹ dado que provocó transformaciones trascendentales en materia de derecho de la infancia y adolescencia.

A su vez la CDN, de la misma forma que otros instrumentos Internacionales, orienta y limita a los Estados partes y les impone deberes, como la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, sociales y económicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella.²² A partir de la aprobación de la CDN, los Estados Partes iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral. La profesora Gómez de la Torre indica que la elaboración de esta doctrina se basa en el surgimiento del derecho de los niños, construido sobre 3 pilares fundamentales: el “interés superior del niño”, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los NNA; “el niño como

²⁰ PODER Judicial de Chile. *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Gula de Abordaje*. Segunda edición. Santiago de Chile. María Lundín Gaona. 2015. 104p.

²¹ GÓMEZ DE LA TORRE, Vargas, Maricruz. *El Sistema Filiativo Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2007. 380p.

²² PODER Judicial de Chile. *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Gula de Abordaje*. Op.Cit.

sujeto de derecho”, de manera que se le respeten tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y, “el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental”. Esta autoridad parental tiene como único fin procurar al NNA la protección y los cuidados indispensables para garantizar su completo desarrollo, instaurando una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para que los niños sean protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía²³.

Además, la CDN significó una transformación de paradigma, ya que marca el cambio de considerar a los NNA objeto de protección, a considerarlos sujetos plenos de derecho, derechos que como menciona Carola Robledo; *“le pertenecen en razón de su calidad de ser humano y en su condición de niño que merece protección”*²⁴. Con capacidad de ejercicio respecto de sus derechos fundamentales, y como consecuencia directa de este estatus de sujeto de derecho, surge el derecho a ser oído, de expresar su opinión respecto de los asuntos que le sean competentes o que le vayan a afectar de alguna manera, teniendo en cuenta evidentemente su edad y grado de madurez. Esto es de toda importancia, pues el derecho del niño a ser oído es contemplado en la CDN con relevancia trascendental y como aquellos que pueden ser ejercidos autónomamente en atención al principio del ejercicio progresivo de los derechos, que también el texto les reconoce.

Los cuatro principios fundamentales de la CDN son:

- Principio de no discriminación (artículo 2).
- Principio de observar siempre el interés superior del niño (artículo 3).
- Principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6).
- Principio de participación y ser escuchado (artículo 12).

²³ GÓMEZ DE LA TORRE Vargas, Maricruz. “El nuevo derecho de la niñez” en Estudios de Derecho Privado, Libro Homenaje profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica, 2008, p. 435

²⁴ ROBLEDOS Galarce, Carola. *Análisis del derecho a ser oído del niño y a la participación en el nuevo derecho de familia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile, 2017. 136 h. 5p.

Específicamente el derecho del niño a ser oído como hemos mencionado anteriormente es reconocido en el Artículo 12 de la CDN. Se plantea la importancia y categoría de este derecho a nivel de derecho humano, existiendo reconocimiento como tal en instrumentos internacionales y de jurisprudencia de la Corte IDH. Por consiguiente, con el fin de aportar a la eficacia y vigilancia en el cumplimiento de la CDN, en su artículo 43.1 se crea el Comité de los Derechos del Niño, se establece que dicho órgano tiene por finalidad examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la Convención por lo que, en el desarrollo de sus funciones²⁵, el Comité elabora la Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, del año 2009. Su objetivo es apoyar a los Estados Partes en la aplicación efectiva del artículo 12 de la CDN.

Las Observación General N°12 a la CDN realizada por el Comité de Derechos del Niño es explícita en esta materia y reafirma el derecho a participación tanto de manera individual como colectiva de los NNA, e insta a los Estados partes a no imponer ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión ni presumir incapacidad o inmadurez. Más aún, la idea de la participación de NNA en los asuntos que los afectan, es entendida de manera amplia, lo que significa incluir el punto de vista de los NNA en las decisiones de su comunidad y su sociedad, tanto en la familia y en las escuelas como en el plano nacional y local.²⁶ Una de las definiciones rectoras sobre participación infantil, surgidas a partir de la CDN, la entrega Hart, quien señala que *“la participación infantil implica ubicar a los NNA como sujetos sociales con la capacidad de expresar sus opiniones y decisiones en los asuntos que les incumben en la familia, la escuela y la sociedad en general. Ello implica adecuar los mecanismos de participación formales, comúnmente dirigidos a los adultos, y hacerlos accesibles de acuerdo con el nivel de madurez y desarrollo de la persona”*.²⁷

²⁵ UNICEF, comité español. *Convención sobre los derechos del niño. España, 2006. 29 p.*

²⁶ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. (2017). Estudio de Casos de Consejos Consultivos de Niñas, Niños y Adolescentes en Tres Comunas de la Región Metropolitana. Santiago, Chile.

²⁷ HART, ROGER. La participación de los niños: de una participación simbólica a una participación auténtica. Ensayos Innocenti, n° 4, UNICEF, 1993

Siguiendo con la Observación general N°12, para este trabajo es necesario destacar algunos de los aportes que son importantes a tener en cuenta, para que este derecho sea aplicado correctamente en la regulación normativa de los Estados, debido a que establece las medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, las obligaciones de los Estados Partes, condiciones necesarias básicas para el ejercicio del derecho que se otorga a los NNA y la vinculación de este derecho y otros garantizados por la CDN.

En primer lugar, es importante destacar que la observación acuña el término de “participación”. Adicionalmente se desarrolla haciendo la distinción entre el derecho del niño a ser oído de forma individual y a la participación de grupos de niños, aunque en ambos se debe considerar la edad y madurez del NNA²⁸. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños.²⁹

En segundo lugar, es primordial recalcar que este derecho a ser oído es opcional para el NNA, no es una obligación. Si el NNA se quiere abstener de emitir su opinión nadie puede obligarlo. Es fundamental, que el NNA tenga todo el asesoramiento e información necesaria para tomar dicha decisión, de opinar o no³⁰.

Pero sin lugar a duda, una de las contribuciones más significativas de la observación general N°12 en el análisis jurídico que realiza, es que los Estados partes garantizarán el derecho del niño a expresar su opinión. En cuanto el comité dispone, “*los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños*”. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar

²⁸ Comité de los derechos del niño. Observación general n°12. 2009. El derecho del niño a ser escuchado. p.7

²⁹ Ibid., p.8

³⁰ Loc.Cit.

directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.³¹

De igual modo es fundamental destacar que el comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y no aconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. Debido a que, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”³². Por otra parte, el Comité considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto³³. Pues, no se puede partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones.

En otro aspecto, el artículo 12 estipula que las opiniones de los NNA no solo se deben escuchar, sino que además se deben considerar seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio³⁴. Empero, lo que diga el NNA es solo una opinión, no se falla exclusivamente en base a esa determinación, es decir que no se va a fallar exclusivamente por lo que diga el NNA, sino que se debe evaluar toda la situación. El derecho de los NNA a ser escuchados va muy de la mano con el derecho de la autonomía progresiva, que tiene que ver con que la opinión de ese niño va cobrando más valor no en función de su edad biológica, si no de su madurez.³⁵

La expresión madurez, hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomársela en consideración

³¹ Ibid., p.9.

³² Loc.Cit.

³³ Ibid., p.11.

³⁴ Loc.Cit.

³⁵ Loc.Cit.

al determinar la capacidad de cada niño, niña y adolescente. Puesto que, al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del NNA³⁶. A su vez, dado que el NNA tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informarle lo resuelto en el proceso y explicarle cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados a los NNA es una garantía de que sus opiniones no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio³⁷.

Para ir concluyendo este punto, sobre los aportes considerados relevantes para esta tesis respecto a la observación general N°12, el comité exterioriza que no se puede escuchar eficientemente 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 NNA, por lo cual 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, 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 separadas³⁸.

Cuando no se cumple con un entorno adecuado para escuchar al NNA, se menoscaba en gran parte el derecho del niño a ser oído, ya que como precedentemente se mencionó, aunque este derecho no es obligatorio, si el NNA ve que el entorno para ser escuchado es intimidatorio u hostil, puede que, debido a eso, decida no opinar, no a causa de que no se haya formulado una apreciación o idea al respecto, sino porque los medios son inadecuados para poder expresarse y no se sienta seguro/a.

Mas adelante seguiremos analizando la observación general N°12 comparado con la aplicación en Chile de dichas normas, sus aportes serán analizados conforme se irán

³⁶ Loc.Cit.

³⁷ Ibid., p.14.

³⁸ Ibid., p.12

tratando los distintos temas a lo largo de este trabajo, con la debida referencia a dicho documento.

Para terminar, debemos indicar que también se han referido a este tema la CADH o Pacto San José de Costa Rica, la Comisión Interamericana y la Corte IDH. De manera que la CADH en su artículo 19 señala sobre los derechos del niño lo siguiente “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”³⁹.

Bajo esta tesitura, la Comisión Interamericana solicitó que la Corte IDH analizara las normas de la CADH juntamente con las de la CDN, por lo cual la Corte IDH en virtud de lo solicitado por la Comisión dicta la Opinión Consultiva OC-17/02, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. La opinión consultiva se refiere, entre otros temas, a los procedimientos judiciales o administrativos en que participan los NNA y en particular al debido proceso y sus garantías, haciendo extensiva la salvaguarda de los derechos fundamentales a los niños, “tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. Debido a su inmadurez y vulnerabilidad, los NNA requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos tanto dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.

Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños, y en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquellas⁴⁰. Además, como señala Gabriela Robledo, es preciso indicar que, en esta interpretación de la Corte, tanto de la Convención americana sobre derechos humanos y la CDN, se

³⁹ Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Costa Rica. 1969.

⁴⁰ Corte Interamericana de derechos Humanos. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [Fecha de consulta: 1 Septiembre 2021] 93p.

confirma la calidad de sujeto de derecho del niño, niña o adolescente y la protección en el ejercicio y aplicación universal de sus derechos⁴¹.

1.3 Consagración legal en nuestro país

Respecto a la consagración legal del derecho del niño a ser oído en nuestro país, está compuesta por la ley de matrimonio civil, la ley sobre adopción de menores, la ley que autoriza el cambio de nombres y apellidos, la LTF y el Código Civil. De todas ellas, el marco referencial lo constituye la CDN, Específicamente lo que señala el artículo 12 de dicho tratado internacional, ya que la CDN es anterior a casi todas estas leyes donde se reglamenta este derecho en Chile. A ella, debe agregarse la Observación General N°12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que como manifiesta Francesco Carretta; dota su enunciado de contornos más operativos⁴².

En materia de derecho de familia, en el año 2004, se promulgó en Chile la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, eliminando los antiguos juzgados de menores. La LTF tiene por objetivo garantizar a todos los NNA que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del NNA y su derecho a ser oído, son principios basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben considerar siempre como materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento⁴³. Por lo tanto, esta

⁴¹ ROBLEDO Galarce, Carola. *Análisis del derecho a ser oído del niño y a la participación en el nuevo derecho de familia*. Op.Cit. 12p.

⁴² CARRETTA Muñoz, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. *Revista Chilena de derecho* [online]. 2018, vol.45, pp.407-426. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372018000200407&lng=en&nrm=iso&tlng=en

⁴³ TRONCOSO Vergara, María, PUYOL Wilson, Carolina. Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en tribunales de familia: una aproximación psicojurídica. *PRAXIS. Revista de Psicología*. N°25. 89-105p. 2014.

ley acoge algunos de los derechos de los NNA consagrados en la CDN, entre estos el derecho a ser oído, derecho que según Salum, “*implica que los NNA deben ser escuchados, oídos y tomados en cuenta por el juez de familia en todos aquellos asuntos que afecten su vida presente y futura*”⁴⁴. La Ley 19.968, viene a consagrar de forma expresa en sus artículos 9 a 16, los principios acordes con las necesidades de una justicia más cercana y eficaz en materia de familia, como son la oralidad, concentración, desformalización, intermediación, actuación de oficio, búsqueda de soluciones colaborativas de partes, colaboración, protección a la privacidad e interés superior del NNA y su derecho a ser oído. Estos principios son muy importantes ya que conforme a ellos deben interpretarse las normas e incluso servir a la integración en caso de vacíos o contradicciones legales⁴⁵. Especialmente destaca el artículo 16 que consagra expresamente el derecho del niño a ser oído y el interés superior del NNA.⁴⁶

El artículo 69 de la misma ley, consagra el derecho de los NNA a emitir opinión, señalando: *Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73 (audiencias preparatorias o de juicio), o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.* Al respecto Francesco Carretta dispone que; el tenor de la norma deja claro que se trata de una elección y no una imposición para el magistrado, en tanto usa el

⁴⁴ SALUM Elena, SALUM Sara & SAAVEDRA Ricardo. Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. *Revista latinoamericana de derechos humanos*. Vol. 26 (2). (56-78p) 2015

⁴⁵ RIVEROS Alejandra, CERDA Alberto. Juzgados de Familia y Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. 2005. 9 p. Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13262/13537>

⁴⁶ Artículo 16 “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

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

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

vocablo “podrá”⁴⁷. Asimismo, el artículo 79 postula: *Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente*⁴⁸. Dentro de este marco, citando nuevamente a Francisco Carreta; la ley parece decir que solo en los procedimientos por medidas de protección puede ejercerse este derecho; pero aquello no es así, desde que la misma Convención no le pone trabas al libre ejercicio del imperativo y lo plantea en términos amplios.⁴⁹ Por esta razón, el niño puede manifestar lo que le sea conveniente en cualquier momento del proceso donde su interés esté involucrado. Esto debe relacionarse con el hecho que la legislación chilena contiene una amplia tutela cautelar en el inciso primero del artículo 22 de la LTF⁵⁰.

Además, de especial relevancia es el artículo 19 de la mencionada ley, puesto que, en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia establece que la figura del curador *ad litem* se debe designar en representación del NNA en los procesos donde este tenga interés, pero de manera subsidiaria a la intervención de sus representantes legales 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. Como puede apreciarse, la posibilidad de los NNA de hacer valer autónomamente sus derechos en los procesos en que puedan tener interés en gran medida queda entregada a la discrecionalidad del tribunal.

⁴⁷ CARRETTA Muñoz, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. Op.Cit.

⁴⁸ Ley 19.968 Crea los tribunales de familia. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 30 de agosto del 2004.

⁴⁹ CARRETTA Muñoz, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. Op.Cit.

⁵⁰ Art 22.1 potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar

Por otro lado, la Ley 19.620 sobre Adopción de menores, también consagra el derecho del niño a ser oído, postula en su artículo 3: *“Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado 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”*.⁵¹ Nótese que la norma no requiere la opinión del niño, sino que solo su “consentimiento”, lo que circunscribe la diligencia a un punto específico de manifestación de voluntad del niño.⁵² Cuando se trata de la posibilidad de adoptar o declarar susceptible de adopción a un menor adulto, esta ley establece en el mencionado artículo 3, que el juez previo a adoptar una decisión sobre el particular, debe pedirle su consentimiento. Por ello, en este caso, el juez no le consultará otros aspectos de su vida que no sea aquel que señala la norma. La falta de sintonía de esta ley con las examinadas precedentemente es precisamente porque es previo a la incorporación de la Convención en el ordenamiento jurídico chileno⁵³.

A su vez la Ley 19.947, de Matrimonio Civil publicada el año 2004, dentro de sus disposiciones generales, respecto al derecho del niño a ser oído, señala en su artículo 85; que en las disposiciones referidas a los juicios de separación, nulidad y divorcio transita por un camino similar a la LTF. En ella especifica que el juez oirá a quién esté

⁵¹ Ley 19.620 Dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 5 de agosto de 1999.

⁵² CARRETTA Muñoz, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. Op.Cit.

⁵³ CARRETTA Muñoz, Francesco. Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico. *Revista de derecho (Concepc.)* [online]. 2018, vol.86, n.243, pp.93-119. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000100093>

en “condiciones de formarse un juicio propio”. Reiterando que aquello debe ser analizado en función de su edad y madurez⁵⁴.

Ley N° 17.344, que autoriza Cambio de Nombres y Apellidos, señala en su artículo 1 inciso final: *Si se tratare de un menor de edad que careciere de representante legal o, si teniéndolo éste estuviere impedido por cualquier causa o se negare a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos a que se refiere esta ley, el juez resolverá, con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del defensor de menores y aun de oficio*⁵⁵. Como se puede apreciar, este inciso final deja en evidencia la desactualización de esta ley, refiriéndose a los NNA como menores, cuando habla de “menores” que no cuentan con representantes legales o que éstos, si los tuviesen, se nieguen a autorizar el cambio de nombre que solicitó alguno de sus consanguíneos. En ese caso el juez resuelve con audiencia del “menor” y escuchando al “Defensor de menores” o de oficio. De todas maneras, el número de causas de adopción y cambio de nombre en un tribunal de familia son muy inferiores, comparativamente en número a las demás causas que se hallan dentro del amplio abanico de materias que se tramitan habitualmente en dichos juzgados⁵⁶

Por último, otra de las leyes que consagran el derecho del niño a ser oído en nuestro país, es el Código Civil y sus modificaciones por la Ley N° 20.680, esta ley introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con la finalidad de proteger la integridad del “menor” en caso de que los padres vivan separados, modificando normas relativas a materias de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad, puesto, que el Código Civil no se encontraba actualizado respecto a materias de familia y al concepto de los niños, niñas y adolescentes. Los principios consagrados

⁵⁴ Ley 19.947 Establece nueva ley de matrimonio civil. Diario Oficial de la República. Santiago, 17 de mayo del 2004.

⁵⁵ Ley 17.344 Autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Modifica Ley N.O 4808 sobre registro civil. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 22 de septiembre de 1970.

⁵⁶ CARRETTA Muñoz, Francesco. Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico. Op.Cit.

expresamente por esta ley y que son recogidos en el Código Civil son el interés superior del niño, derecho al niño a ser escuchado, la corresponsabilidad parental, principio de igualdad parental, autonomía de los padres y protección de la vida familiar⁵⁷. En cuanto a las modificaciones referidas al derecho del niño a ser oído y el interés superior corresponden a los artículos 225 al 229 del Código Civil.

El derecho del niño a ser oído es consagrado como uno de los criterios y circunstancias que se deben ponderar para determinar un régimen y ejercicio del cuidado personal, según el Artículo 225 en su inciso 2. *“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias. Letra f) La opinión expresada del hijo”*. También en virtud del inciso 4 del mismo artículo, en caso de inhabilidad física o moral de los padres para tener el cuidado personal, el juez oirá a los hijos y a los parientes.

En cuanto al interés superior del niño, en el artículo 222, señala que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo. Asimismo, debe considerarse este interés superior del hijo en cuanto a las reglas de atribución de cuidado personal según el Artículo 225-2 letra” j) *Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”*.

Para finalizar con lo propuesto, a la luz de la normativa legal expuesta, se concluye que conocer el marco nacional e internacional de los Derechos Humanos es fundamental para promover, proteger y dar cumplimiento a los derechos de los NNA, y que la CDN y las normas locales consagran, entre otros derechos fundamentales, el derecho de los niños a ser oídos, plasmando su naturaleza jurídica como el ejercicio de un Derecho Humano, cuyo objetivo es conocer la opinión, la percepción, la posición y

⁵⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680. Revista de Derecho de Familia N°1-2014, <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18712/28608> [Fecha de consulta: 15 septiembre 2021] 38 a 58p.

la emoción o sentimientos del niño , niña o adolescente sobre los asuntos en que se vean involucrados.⁵⁸

Como veremos más adelante, los tribunales de familia de Chile, pese a la amplia regulación que existe en nuestra legislación, poco es lo que aplican este derecho, reduciéndolo significativamente a los procedimientos que los jueces consideran necesarios, prescindiendo en ocasiones del testimonio de los niños, niñas y adolescentes en asuntos que les afectan. Dicho brevemente, la LTF en general, señala que se debe oír a los NNA en gran parte de los asuntos que lo puedan afectar en el área de familia, no obstante, dentro de este marco, algunos autores expresan que esta regulación de la LTF no es suficiente, porque en la práctica sigue prevaleciendo la discrecionalidad o arbitrio del juez. Razón por la cual analizaremos en los siguientes capítulos lo que ocurre en la aplicación de este derecho de los niños a ser oídos en los tribunales de familia de la Región de Atacama.

⁵⁸ PODER Judicial de Chile. *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Gula de Abordaje*. Op. Cit.

CAPÍTULO II: “APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA”

2.1 Rol del Juez de familia, del Consejo Técnico y del Curador *ad Litem* en el ejercicio del derecho del niño a ser oído.

Rol del juez de familia: es uno de los principales actores en los procedimientos de familia, sino el más importante. Esto se debe a que es el juez quien debe materializar en la práctica los diversos objetivos del legislador establecidos en la LTF. Uno de los principales roles que la ley asigna al juez de familia es el de garantizar y velar por los derechos de los NNA. En términos prácticos este rol obliga al juez a considerar la opinión del niño cuando este se encuentra involucrado en el caso y la decisión que tomará pueda afectar sus derechos. En este contexto uno de los derechos más importantes de los niños es el derecho a ser oído, que como hemos dicho anteriormente, este derecho implica que, según las características del niño involucrado, su edad y madurez, por ejemplo, el juez debe determinar si para resolver el asunto controvertido debe escuchar su parecer, además de que no solo debe escucharlo, sino que la opinión del NNA debe ser debidamente tomada en cuenta al momento de resolver la causa.

Dado que la LTF deja muchos vacíos respecto al ejercicio del derecho del niño a ser oído, el rol del juez es fundamental ya que queda a su discreción o arbitrio en qué momento y forma se escuchará la opinión del NNA en el procedimiento. En este sentido, se puede considerar que la obligación constitucional y reafirmada en forma legal por la ley de Tribunales de Familia, se ve cumplida cuando: Otorga la oportunidad para que el niño sea escuchado, se encarga de velar que el ambiente sea adecuado para ello, lo escucha directamente o, en caso excepcional, por intermedio de otros funcionarios del tribunal, como miembros del consejo técnico⁵⁹. Como ya se ha

⁵⁹ MARTINEZ Morgado, Constanza. *Regulación del derecho del niño a ser oído por la actual ley N°19.968 y su consideración por los tribunales nacionales. Análisis de su eficacia en el ejercicio de este derecho en Chile*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago: Universidad de Chile, 2016. 311 h.

mencionado anteriormente, el juez no está obligado a acatar y resolver conforme a lo expresado por el NNA involucrado, pero debe ser un elemento considerado en el razonamiento del juez.

Rol del consejero técnico: Los miembros del consejo técnico, no son abogados, son auxiliares de la administración de justicia, generalmente son psicólogos/as o trabajador/a social por ende se les atribuye calidad de expertos en materia de infancia. El artículo 5 de la LTF señala que *“la función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad. En particular, tendrán las siguientes atribuciones: a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas; b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente; [...]”*⁶⁰ además el artículo 6 de la misma ley expresa *“En cada juzgado de familia habrá un consejo técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia [...]”*. Por lo tanto, el consejo técnico colabora y asiste al juez para oír al NNA, sus informes son útiles, en especial, para determinar la madurez del NNA y la forma en que su participación en el proceso pudiese afectarle; a su vez hace saber al juez de la pertinencia de la opinión del niño para resolver el asunto que se conoce. Asimismo, su rol es fundamental en los casos que por las circunstancias del NNA, éste no sea oído, dado que en tal caso los informes y declaraciones del consejero técnico servirán para conocer aquello que para el niño es más conveniente.

Rol del curador *ad litem*: El Art. 19 de la LTF establece la figura del curador *ad litem*, indicando que el juez deberá designar un abogado curador *ad litem* al NNA en los procesos donde tenga interés, para que estos sean debidamente representados, pero de manera subsidiaria a la intervención de sus representantes legales o *“cuando, por*

⁶⁰ Ley 19.968. Op.Cit. 6-7p.

*motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación”*⁶¹

Según un estudio que realizó Andrea González; la designación del curador *ad litem* ocurre, en la resolución que proporciona 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 escoge al abogado curador *ad litem*, se han descubierto diferentes 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.⁶²

En el mismo estudio de acuerdo a entrevistas sostenidas con jueces y curadores *ad litem* de la Región Metropolitana, se concluyó, que no hay un criterio uniforme en cuanto al valor o calidad del rol del curador *ad litem*, existiendo distintas opiniones; algunos magistrados sostienen que se trata de una especie de guardián *ad litem*, esto es una figura que debe velar que el proceso se lleve a cabo de la forma correcta, atento a las ritualidades y que lo que se decida esté acorde con los intereses del NNA. Mientras hay otros que sostienen que es un abogado que debe desempeñar 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 sin la necesidad de actuar como parte del proceso. A la vez 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 por lo cual debe ejercer su derecho a la defensa jurídica. No obstante, se desprende que los curadores *ad litem*, en su mayoría tienen claro, que su designación se sujeta a garantizar el mandato constitucional de otorgar defensa jurídica gratuita a quienes no pueden proveérsela por sí mismos⁶³.

⁶¹ Ibid. 10-11p.

⁶² GONZÁLEZ, Valderrama, Andrea. Análisis crítico del rol del curador *ad litem* en la justicia de familia. Tesis para postular al grado de magister. Santiago: Universidad de Chile. Programa de magister en derecho con menciones. 124p.

⁶³ Loc.Cit.

En cuanto a la persona del curador *ad litem*, podrá solamente ser electo como curador 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. El factor decisivo para su designación es que la institución en que trabajen se dedique a la defensa judicial de los derechos de los NNA, y si se trata de instituciones privadas deben encontrarse constituidas legalmente. Al respecto Aguilera señala que, “la exigencia de una defensa especialista en materia de familia es necesaria, pues no solamente se trata de que los niños sean representados, e incluso no basta que sea un abogado; sino se pide que sea un abogado con experticia en la materia”.⁶⁴ Por otro lado, menciona que el curador *ad litem* en su rol de representante y garante de los derechos e intereses de los NNA, debe recoger las opiniones, deseos e intenciones que ellos le manifiesten, atendiendo a que son sus representados y como tal tiene deberes de confidencialidad y lealtad profesional para su representado, en los mismos términos que con un patrocinado adulto. Lo dicho conlleva a su vez que, para el evento de discrepancia o disconformidad entre la opinión del NNA y la de su abogado que lo representa en juicio, el abogado debería ser sustituido, ya que sería la mejor forma de defender puntualmente el derecho de defensa técnica e íntegramente el derecho del niño a ser oído.⁶⁵

2.2 Ejercicio del derecho del niño a ser oído en los juzgados de familia de Chile.

Para empezar este segundo capítulo, primeramente es dable señalar, como se ejerce el derecho del niño a ser oído en los Tribunales de Familia en general, a lo largo de nuestro país, para luego indicar como se ejerce en los Tribunales de Familia de la Región de Atacama a raíz de las respuestas que obtuvimos de un estudio investigativo realizado a

⁶⁴ 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”, en Arredondo, V., Toro, E., (comps), Espejos de Infancia, Análisis e intervenciones en violencia infantil. Fundación Paicabi, Valparaíso, 2010. 66p.

⁶⁵ *Ibíd.*, 68p.

los jueces, abogados litigantes, consejeros técnicos y curadores *ad litem* de los Juzgados de Familia de Copiapó y Vallenar, para así ver como se lleva a cabo el ejercicio de este derecho en la práctica y establecer si existe alguna diferencia en la aplicación de este derecho en los procedimientos de familia de la Región de Atacama comparado con los juzgados de familia del resto del país.

Como se señaló en el precedente capítulo, en Chile el derecho de los NNA a ser oídos en el ámbito judicial, se encuentra incorporado en la justicia de familia en la Ley de Tribunales de Familia (ley 19.968), pero también se manifiesta de manera expresa la necesidad de una audiencia con los NNA en casos de adopción (Ley 19.620); procesos de separación, nulidad de matrimonio y divorcio (Ley 19.947); cambio de nombre (Ley 17.344), y en materias de cuidado personal, y relación directa y regular (art. 225-2 y 229 Código Civil). Por tanto, la legislación chilena ha adoptado e incluido el derecho a ser oído dentro de sus procedimientos judiciales, no obstante, según Vargas y Correa, esta actuación procesal “*carece de regulación específica, asume en la práctica diversas denominaciones: audiencia privada, audiencia especial o audiencia reservada*”. Estas diversas designaciones no son insignificantes, puesto que dan cuenta de las variadas interpretaciones de dicho derecho en la práctica misma de dicha actuación procesal, las cuales podrían incluir u obviar el marco jurídico internacional⁶⁶.

Con relación a la forma de participación en el caso de los NNA que acuden a estos procedimientos en los Tribunales de familia de Chile, su participación concierne a un rol activo y bajo el derecho a ser oído en cualquier causa judicial que los afecte. A pesar de ello, en los estudios que se han realizado en esta materia se observa que el protagonismo en juicio lo tienen los adultos, ya sea los padres, madres, abuelos, etc., por lo que el papel de los NNA es secundario y accesorio, salvo calificadas excepciones⁶⁷. La entrevista de un NNA ante un Tribunal de Familia debe necesariamente respetar el derecho del niño a ser oído, forjado en las normas

⁶⁶ TRONCOSO Vergara, María y PUYOL Wilson, Carolina. Op.Cit., p.95.

⁶⁷ VARGAS, Paves, Macarena y CORREA, Camus, Paula. La voz de los niños en la justicia de Chile. *Revista Ius et Praxis*. Vol 17 N°1. p.177-204 Abril del 2011. [fecha de consulta: 20 octubre 2021] Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008

internacionales, que permiten el adecuado cumplimiento de tal principio. Por este motivo, señala Jaime Couso que la entrevista debe ser entendida como un diálogo entre el NNA y su entrevistador, cuyo fin será precisamente procurar recoger la opinión del niño, respecto de la situación familiar por la que atraviesa, indagando sobre sus deseos, temores y expectativas, de modo tal que el Juez pueda considerar esta opinión al momento de fallar⁶⁸ y por ningún motivo debe transformarse este diálogo en un interrogatorio, donde el juez asume un rol de investigador y el niño de informante.⁶⁹

La CDN nos remite a la legislación interna, donde los NNA pueden participar directamente considerando su edad y madurez, o a través de su representante, que podría ser un curador *ad litem* o un abogado del NNA, o a través de un órgano adecuado, que en los procedimientos de familia puede ser el consejero técnico o podrían considerarse también, los peritos que participen en juicio y sus informes diagnósticos. Según Lepin y Lama esta actuación parece ser restringida a los psicólogos que son las personas competentes para aclarar las circunstancias o escenarios que pueden afectar a un NNA, especialmente se prefiere esta actuación cuando se trata de niños o niñas pequeños que atendiendo a su edad y madurez no pueden declarar su opinión⁷⁰.

Esto claramente se trata de una voz intervenida por terceros, puesto que el perito interpreta lo que los niños dicen, sin embargo, Vargas y Correa constatan en su informe que, para conocer las aspiraciones y sentimientos de niñas o niños pequeños, algunos jueces, consejeros y abogados litigantes, valoran estos informes diagnósticos todavía más que la audiencia reservada (sobre la cual hablaremos más adelante). Y explican que fundan esta práctica especialmente porque los profesionales a cargo de estos

⁶⁸ PODER Judicial de Chile. *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Gula de Abordaje*. Op.Cit. 52p.

⁶⁹ Vargas, M, Correa, P, Barros, P. y Cerda, A. Niños, niñas y adolescentes en Tribunales de Familia: el derecho a ser oído. Santiago: Universidad Diego Portales y UNICEF. 2009.

⁷⁰ LEPIN, Molina Cristián & LAMA, Galvés, Belén. La participación de los niños en el juicio de familia. El mito del derecho a ser oído. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. No 13°. 2020. 770-793p. Disponible en: http://www.revistaaji.com/wpcontent/uploads/2020/09/25_Cristi%C3%83%C2%A1n_Lepin_y_Bel%C3%83%C2%A9n_Lama_pp.770-793.pdf

informes tienen mejor preparación para escuchar e interpretar lo que los niños dicen. Pero se debe tener en consideración que los objetivos de los informes periciales o de diagnósticos no es tener en cuenta las aspiraciones y sentimientos de los NNA, porque como bien sabemos su propósito es proporcionar información experta al juez acerca de los hechos, sucesos o personas involucradas en el caso, de manera que no pretenden conocer el interés manifiesto del NNA, por esta razón, en cambio, consideran que estos informes periciales o diagnósticos no cumplen con esta función de informar la opinión de los niños, y por ese motivo se debe analizar su grado de imparcialidad⁷¹.

En consecuencia, se advierte que el que los NNA puedan comparecer personalmente a expresar su opinión directamente al juez parece ser la forma más idónea, lo que en Chile se materializa en algunos casos, por medio de la denominada audiencia reservada, ahora bien, dicha audiencia no se encuentra regulada en la legislación interna, sin embargo, resulta ser una práctica arraigada en los tribunales de familia.⁷²

Dicho en forma breve, los aspectos que se deben tener en cuenta en el asunto en comento son; la materia sobre la que trata el juicio, la edad y madurez del niño, niña o adolescente en conformidad con su autonomía progresiva, por lo cual, para realizar la audiencia el juez debe valorar estos complejos factores anticipadamente. Al fin y al cabo, el juez no tiene la obligación de escuchar a un NNA en todas las causas donde puedan verse afectados sus derechos. Es una valoración particular que debe ser comprendida con ciertos matices, en tanto que, de ninguna manera le está permitido al juez a su entero antojo oír o no al niño. Por el contrario, lo que aquí se sostiene es que este derecho será coartado si el juez procede con arbitrariedad. Eso ocurre cuando el juez no expone las razones para proceder de tal manera o bien, o en caso de exponerlas no haya tomado en cuenta las estipulaciones antes dichas. Por esta razón, una de las garantías del derecho, en los términos establecidos en la Convención, es el deber

⁷¹ VARGAS, Paves, Macarena y CORREA, Camus, Paula. La voz de los niños en la justicia de Chile. Op.Cit. p.192.

⁷² LEPIN, Molina Cristián & LAMA, Galvés, Belén. Op.Cit. p.789.

judicial de expresar los argumentos a través de los cuales se hizo o no uso de la elección que permite el ordenamiento jurídico, puesto que, en opinión de Carreta, dicha justificación va más allá del deber general de fundamentación de toda resolución judicial⁷³.

En este contexto respecto a cómo se desarrollan las entrevistas con los NNA en los tribunales de familia de nuestro país podemos señalar lo siguiente: La participación de los NNA en los procedimientos de familia se puede desenvolver a través de las siguientes alternativas: la llamada “audiencia reservada” (como se dijo anteriormente llamada también audiencia confidencial, o privada, depende del tribunal), a través del “curador *ad litem*” o a través del órgano apropiado que en nuestra legislación puede ser el “consejero técnico o los peritajes o informes diagnósticos”.

Audiencia reservada: un elemento importante para tener en cuenta es que es una actuación procesal y que es un tipo de entrevista especial, distinguiéndose de otro tipo de entrevistas como aquellas de carácter pericial, aunque tengan objetivos en común, esto debido a que la audiencia reservada no cuenta como medio de prueba o evidencia para el procedimiento judicial, aun cuando corresponde a un factor de ponderación al momento del fallo. Además, la audiencia reservada no es únicamente una instancia de interrogatorio para el NNA, también es una instancia para que se les informe u oriente en mayor profundidad acerca del curso del procedimiento que se lleva a cabo y los efectos que podría traer este procedimiento en su vida.⁷⁴

Por otra parte no está limitada a realizarse en un etapa procesal determinada aunque, por lo general, se escucha a los NNA en el transcurso de la audiencia preparatoria o de juicio, antes o durante su realización, ya que, como se ha dicho anteriormente la audiencia reservada o entrevista confidencial no está regulada en la ley, no obstante, para que se ejerza el derecho del niño a ser oído, la entrevista desarrollada en los Tribunales de Familia precisará, para el adecuado ejercicio del derecho de los niños a

⁷³ CARRETTA Muñoz, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. Op.Cit.

⁷⁴ TRONCOSO Vergara, María, PUYOL Wilson, Carolina. Op.Cit., p.96-97.

ser oídos, que se consideren los elementos referentes al tiempo, espacio físico y entrevistador.

En la práctica, a la audiencia reservada asiste el juez, el consejero técnico y por lo general se acepta la concurrencia del curador *ad litem* a dicha audiencia. Ahora bien, teniendo en cuenta que no existe una regulación legal en la materia, sin perjuicio de que la Excelentísima Corte Suprema dictó un Auto Acordado (Acta N° 237-2014) que regula “la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en Tribunales con competencia en materia de familia”, en que algunos magistrados no aceptan la comparecencia a la referida audiencia del señalado curador⁷⁵.

En cuanto a la duración del tiempo de una entrevista con niños, niñas y adolescentes no es un procedimiento estandarizado, por el contrario, dependerá de múltiples y numerosos factores, como su edad, nivel de desarrollo evolutivo alcanzado, situación por la que se encuentra en el sistema judicial, como también el estado emocional particular en que se encuentra el NNA. Ahora bien, es necesario considerar que la prolongación de la entrevista sea acotada y acorde a las necesidades de quien es entrevistado, empero sin que se pongan en peligro los objetivos y eficacia de esta. De este modo, se propone como rangos de duración de la entrevista entre 20 a 45 minutos, donde no más de los 5 primeros minutos permitan una fase de encuadre y sintonía entre el entrevistador y el NNA, y los últimos 5 a 10 minutos correspondan a una instancia de cierre, mientras que el tiempo restante se utilice para la etapa central o desarrollo de la entrevista. No obstante, esta es solo una propuesta ya que se encuentra esencialmente sujeta a las variaciones según la particularidad de cada caso, situación e idiosincrasia de cada NNA.⁷⁶

⁷⁵ BUSTOS, Salazar, Andrea. La representación judicial de los niños en los procedimientos protectores. Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.

⁷⁶ PODER Judicial de Chile. *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Gula de Abordaje*. Op.Cit. 54-55p.

Sobre el espacio físico adecuado donde se desarrolla la entrevista con los NNA, el legislador chileno a pesar de que la disposición no establece ninguna exigencia sobre la estructura y localización de la audiencia, en su artículo 69 de la LTF dice que esta debe realizarse en “*un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica*”. Por lo cual, de manera de acatar tal mandato, se han habilitado salas especiales denominadas “*Salas Gesell*” que cumplen con los requerimientos necesarios para crear dicho ambiente, bajo esta tesitura, el año 2014 la Excelentísima Corte Suprema dictó el auto acordado N°237-2014, en propósito de que el NNA pueda manifestar su opinión de forma óptima y que se sientan física y psicológicamente seguros/as durante los procesos de entrevistas. Estas salas se dividen en dos espacios separados por un vidrio oscuro, denominados área de observación y área de entrevista para que los NNA no se sientan intimidados con la presencia de terceros, ya que el NNA no podrá ver quienes están detrás del espejo, porque solamente las personas que se encuentren dentro de la sala de observación verán lo que ocurre en la sala de entrevista, mientras que del lado de la sala de entrevistas solo se verá un espejo y el contacto entre ambas salas será a través de un intercomunicador que permitirá escuchar lo que se hable en la sala de entrevista. Aunque en la práctica en general se le informa de aquella circunstancia al NNA⁷⁷.

Además, este auto acordado establece que se debe grabar la entrevista para tener registro, no obstante, respecto a este punto en la práctica algunos jueces consideran que esta acción de registrar la audiencia es contradictoria al derecho de intimidad de los NNA y les puede generar consecuencias al niño, niña o adolescente, como, por ejemplo, recibir una sanción de parte de sus padres o cuidadores. Debido a esto algunos jueces deciden optar por oír a los NNA de forma indirecta a través de consejeros técnicos o peritos y no hacerlo personalmente⁷⁸.

⁷⁷ LEPIN, Molina Cristián & LAMA, Galvés, Belén. Op.Cit., p.784.

⁷⁸ VARGAS, Paves, Macarena y CORREA, Camus, Paula. La voz de los niños en la justicia de Chile. Op.Cit. 190p.

La postura con relación a este punto por parte de quienes declaran su conformidad es que la difusión de la información que emana de la audiencia reservada con el NNA debe ser en su mayoría limitada, principalmente hacia las demás partes del juicio, para preservar la protección de dicho niño, niña o adolescente. En virtud de ello la ponderación y expresión de dicha fundamentación en el fallo no será un ejercicio simple, puesto que deberá contener los elementos necesarios para llevar a cabo el objetivo de no exponer al NNA.

Ahora bien, en caso de que existieran dudas del procedimiento por parte de las partes con razón de la sentencia que tome el tribunal, esta tendría que ser impugnada a la Ilustrísima Corte de Apelación correspondiente, la que deberá tener en cuenta el soporte de grabación de tal audiencia confidencial y evidentemente la resolución judicial debiera expresar la forma en que se ha tomado en consideración la opinión del NNA y que peso le ha dado el juez al momento de dar la sentencia. De ahí que como puede observarse el carácter de reservado y confidencial de dicha audiencia no es antojadizo, sino que corresponde a uno de los aspectos primordiales del fenómeno de victimización secundaria puesto que la información que se obtiene en dicha audiencia abarca aspectos de la vida personal e íntima de los NNA, por esta razón el no otorgarles intimidad y protección favorecería tal fenómeno⁷⁹.

Y finalmente acerca de la instancia de consentimiento informado que se solicita para dar inicio al ejercicio del derecho del niño a ser oído, es menester que al instante de informar de la relevancia de dicha actuación judicial y que su participación será ponderada por el juez, no será vinculante en su decisión. Este punto es totalmente relevante dado el impacto subjetivo que tendrá para el NNA su intervención en el procedimiento, ya que se le otorgaría una carga más al tener que definir una situación que puede que sea difícil y angustiosa para él⁸⁰.

⁷⁹ TRONCOSO Vergara María y PUYOL Wilson, Carolina. Op.Cit., p.100.

⁸⁰Ibíd., p.101

Volviendo al auto acordado N°237-2014, este también regula los aspectos técnicos de la entrevista estableciendo 4 fases, las características específicas de la sala de entrevista y por último los derechos y deberes de los NNA en la entrevista que son los siguientes:

- a) Ser informado de que la entrevista tiene carácter voluntario, por lo que no es obligación del NNA dar su opinión.
- b) Ser informado que del otro lado de la sala lo pueden ver y escuchar a través del espejo que separa la sala de entrevista del área de observación y las identidades de las personas que lo están escuchando.
- c) Decidir si igualmente realizará la entrevista en la Sala Gesell o si prefiere otro lugar.
- d) Solicitar si lo desea que se prenda la luz de la sala de observación.
- e) Recibir información respecto de su situación y proceso judicial.
- f) Ser entrevistado con un lenguaje adecuado y sencillo de acuerdo con su edad.

2.3. Opinión de jueces de familia, curadores *ad litem*, consejeros técnicos y abogados litigantes de los tribunales de familia de la región de Atacama.

Este apartado, tiene como objetivo exteriorizar la información obtenida, por medio de diferentes encuestas realizadas durante el presente año a los jueces de familia, abogados litigantes, consejeros técnicos y curadores *ad litem* de los tribunales de familia de Copiapó y Vallenar, para llevar a cabo esta memoria, con el objetivo de conocer sus opiniones sobre la aplicación y ejercicio del derecho del niño a ser oído en los juzgados de familia de la región.

1. Respecto a si han tenido formación especializada en derecho de infancia:

El 100% de los jueces respondió que si han tenido formación especializada en esta materia.

Respecto a los curadores *ad litem* un 70% dijo que el último año recibió capacitación especial, un 20% dijo que no recibió ningún tipo de formación el último año, mientras que un 10% dijo que, si recibió formación especializada, no obstante, esta no era entregada por los órganos o servicios en donde ejercían sus funciones, sino que aquellas fueron realizadas por iniciativa propia.

Los consejeros técnicos en un 100% respondieron que si han recibido formación exclusiva en derecho de infancia y adolescencia.

En tanto que los abogados litigantes solo un 55,6% señalaron que han tenido formación especializada en materia de familia, un 11,1% respondió que solo cursos breves y un 33,3% dijo que no había recibido ningún tipo de formación especial sobre esta materia.

2. Materias en que mayoritariamente los jueces promueven la participación de los NNA:

El 85% de los jueces respondieron que promueven la participación de los NNA en todos los casos en que existan involucrados derechos de los NNA y el 15% restante dijo que principalmente cuando existen medidas de protección.

El 100% de los consejeros técnicos dijo que los jueces solicitan principalmente escuchar a los NNA en los casos donde existan medidas de protección.

Del mismo modo la mayoría de los abogados litigantes señalaron que los jueces realizan audiencia reservada con el NNA en los casos donde existen medidas de protección.

3. Respecto a la edad en que consideran que los NNA tienen la capacidad de conversar con el juez y dar su opinión:

Los jueces coincidieron en que no es una evaluación estándar, y es difícil dar un número específico, dado que depende mucho de la madurez del NNA y del contexto.

Mientras que los curadores *ad litem*, por el contrario, dijeron que no depende de la madurez ni edad puesto que el derecho del niño a ser oído no significa

solo hablar, por lo que inclusive es posible escuchar al NNA a cualquier edad, hasta en los primeros meses de vida porque si no se puede establecer un diálogo es posible hacer una observación vincular.

Los consejeros técnicos opinan que considerando su ciclo evolutivo desde los 5 o 6 años es una edad adecuada, pues a esa edad ya son capaces de comprender y expresar lo que sienten, emitiendo su opinión. Sin perjuicio de presentar lenguaje y madurez anterior a esta edad.

Los abogados litigantes en cambio no tuvieron un consenso, ya que todos dijeron edades diferentes, pero la edad más baja que manifestaron fue entre 4 a 5 años, señalando que a su juicio dentro de estas edades existe cierta capacidad de retención y de manifestar cuestiones que pueden ser relevantes en ciertos procedimientos, por ejemplo, en causas de medidas de protección o aquellas en las que se discute sobre la relación directa y regular.

4. Criterios que utiliza el juez para determinar si es necesario escuchar a los NNA:

Las respuestas de los jueces en su mayoría fue que escuchan a los NNA siempre que manifiesten deseo de ejercer su derecho a ser oídos, ya que como es sabido, es un “derecho” y no una “obligación”, de manera que siempre que exista colisión de derechos. En tanto que otros dijeron que depende de la materia sobre la que se trate, pues existen normas legales y consagradas en tratados internacionales que establecen el oír al NNA como un deber, asimismo la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que esta actuación de los NNA incluso es un trámite esencial en el procedimiento.

Los consejeros técnicos por su parte señalaron que los criterios utilizados por los jueces, además de que el NNA solicite o manifieste su deseo de ejercer tal derecho, se toma en cuenta su edad y complejidad del caso que se trate, para lo cual se hace un análisis de antecedentes en función de la vulneración de derechos que se encuentren afectando al NNA. Normalmente los consejeros no aconsejan a los jueces tener entrevista con el NNA en causas donde existe gran conflicto entre las partes, por ejemplo, divorcios destructivos. Tampoco cuando

existe una sintomatología activa, en los casos en que el NNA ya ha sido entrevistado en otros procesos o por otros jueces en un periodo menor a 6 meses o tenga estricta relación con los mismos hechos.

5. Los jueces, para tomar la decisión de escuchar a los niños, niñas o adolescentes, ¿cuentan con la asesoría del consejo técnico?

Un 100% de los jueces respondió que para tomar esta decisión se asesora por el consejo técnico.

A su vez los consejeros técnicos respondieron en un 66,7% que siempre ocurre esto en la práctica, y un 33,3% dijo que casi siempre era el consejero técnico quien realizaba la entrevista al NNA, y solo en casos excepcionales el juez decide hacer la audiencia reservada personalmente.

6. ¿Considera necesario oír al NNA en aquellos casos en que los adultos logran resolver sus controversias vía acuerdos?

Un 30% de los jueces respondió que, si lo considera necesario, el otro 30% dijo que solo a veces y el 40% expresó que el NNA como sujeto de derechos se visibiliza cuando los adultos lo consideran como tal, por lo que si así lo han manifestado en el procedimiento es decir que fue considerada la opinión del NNA, no consideran necesario entrevistar al NNA.

7. Etapa procesal en que se promueve mayormente la participación de los niños, niñas y adolescentes en el procedimiento:

El 66,6% de los jueces señaló que la promueven en cualquier etapa del procedimiento, mientras que el 33,3% dijeron que en las causas de protección suelen escuchar a los NNA lo antes posible, mientras que en los demás procedimientos escuchan a los NNA al comienzo de la audiencia de juicio.

Los curadores por su parte, un 50% expresó que se promueve en cualquier etapa del procedimiento, un 40% indicó que se promueve en mayor medida en la

audiencia de juicio, y solo un 10% dijo que se realizaba durante la audiencia preparatoria.

Los consejeros técnicos en su mayoría con un 66,7% mencionó que las entrevistas con los NNA se ejecutan durante la audiencia de juicio, en tanto un 33,3% dijo que no se podía establecer con certeza ya que se realizaban en cualquier etapa del procedimiento según el caso en concreto.

En cuanto a los abogados litigantes un 55% dijo que se realiza en cualquier etapa del procedimiento, puesto que en mayor medida cuando existen hechos graves, constitutivos de violencia intrafamiliar o medidas de protección el procedimiento debe ser dinámico por lo que cualquier momento es ideal cuando se trata de aportar información al caso en concreto. Y un 44,4% expresó que, según su experiencia, usualmente se realizan en la audiencia de juicio.

8. Opinión que tienen los jueces, curadores *ad litem* y consejeros técnicos acerca de las entrevistas realizadas a los niños, niñas y adolescentes:

El total de los jueces considera que las entrevistas con los NNA son imprescindibles en el procedimiento, ya que es la actuación del juicio que los visibiliza como sujetos de derecho. Aunque se debe considerar siempre que, si ese derecho lo ejerció en el desarrollo de las pericias o con su curador *ad litem* designado es suficiente, por lo cual, no es necesario que el juez realice la audiencia reservada para evitar nuevamente la citación del NNA al tribunal y así evitar el fenómeno de la revictimización secundaria.

Por su parte los curadores en un 80% consideran que estas entrevistas realizadas a los NNA son imprescindibles, un 10% las considera concluyentes, sin embargo, un 10% opina que son insuficientes.

Con relación a los consejeros técnicos el 50% piensa que las audiencias reservadas con los niños, niñas y adolescentes son imprescindibles, aunque depende de cada caso y el otro 50% opina que solo debiesen ser oídos si el NNA así lo desea, ya que en ocasiones la entrevista se convierte en un factor altamente estresante y las partes del juicio pretenden utilizarlo como medio de

prueba. Un consejero técnico en particular dice que “además pueden surgir elementos clínicos del NNA que requieren ser acogidos y elaborados desde un punto de vista médico, donde se considera que no es el espacio físico, contexto y entrevistador idóneo para llevar a cabo la entrevista con el NNA”.

9. Problema o dificultad para llevar a cabo estas entrevistas en los tribunales de familia de la región de Atacama:

La mayoría de los jueces coincide en que la principal dificultad es la ausencia de protocolos que estandaricen la actuación en todos los juzgados de Familia, de modo que no quede aquella facultad al arbitrio del juez que dirige la audiencia. Por otro lado, algunos jueces hicieron alusión a que en su tribunal no existe sala especial para realizar las entrevistas con los NNA, por ende, las dificultades son principalmente materiales.

Por su parte los curadores consideran que existe poca preparación en cuanto a cómo escuchar a los NNA, por parte de los entrevistadores, especialmente por los jueces, sobre todo respecto al conocimiento técnico y contención emocional. También que en ocasiones los adultos responsables no generan el espacio que se necesita para llevar a cabo la entrevista. Y principalmente una de las dificultades que se presenta es la revictimización secundaria de los niños, niñas o adolescentes.

Los consejeros técnicos mencionaron que algunas de las dificultades para realizar las entrevistas son el tiempo insuficiente y momento del procedimiento en que se realizan. Y cuando el juez realiza preguntas directas que pueden resultar intrusivas o ansiógenas. Por otra parte, algunos mencionan que en la actualidad producto de la pandemia se observan complicaciones dirigidas a la conectividad de proporcionar un contexto seguro para el NNA que le permita dar a conocer su opinión.

10. ¿Incorporan los jueces de familia en la región de Atacama la opinión entregada por los NNA en las sentencias?

Los jueces expresaron que se evalúa la coherencia del relato, madurez y claridad de lo manifestado por el NNA y se contrasta con el resto de los antecedentes, e informes periciales, por lo cual se evalúa la concordancia de lo indicado por el NNA con los medios probatorios y además se toman en cuenta las sugerencias del consejero técnico. Además, todos los jueces que respondieron dijeron que los relatos de los NNA son relevantes al momento de fallar.

En paralelo el 60% de los curadores señalaron que de acuerdo con su experiencia los jueces incorporan casi siempre la opinión de los NNA en las sentencias, mientras que un 30% dijo que solo a veces y un 10% dijeron que siempre se incorpora.

En el caso de los consejeros señalaron en un 50% que solo a veces se incorpora la opinión del NNA en las sentencias, comentaron que según su experiencia se considera la opinión al momento de resolver, pero no se consigna su relato directamente dado que es confidencial, sin perjuicio que el NNA autorice dar a conocer su opinión.

Los abogados en un 55,6% respondieron que consideran que casi siempre el juez/a incorpora lo conversado con los NNA en la sentencia, un 33,3% dijo que solo a veces y un 11,1% considera que los jueces siempre incorporan la opinión de los NNA en el fallo.

11. Materias en las que mayoritariamente el juez designa curadores *ad litem*:

En las respuestas de los jueces existió un consenso en que principalmente se designa a un curador en todas las causas en que existen derechos de los NNA comprometidos y regularmente son en materias en donde se ven medidas de protección, cuidado personal y relación directa y regular. Además, un 66,7% respondió que para tomar la decisión de designar a un curador siempre se asesoran por el consejo técnico, mientras un 33,3% señalaron que no se

asesoran por el consejo técnico para tomar esta decisión ya que es una decisión jurisdiccional y no técnica.

En cuanto a los curadores *ad litem* un 70% señaló que es más usual designar un curador en causas de medidas de protección y el 30% dijo que en todas las materias de medidas de protección, cuidado personal y relación directa y regular. Y en cuanto a la pregunta de si tiene el consejo técnico participación en la designación del curador un 40% dijo que no, porque es materia jurídica, sin embargo, se instruye al consejo técnico que al ingreso de una causa de protección siempre se debe sugerir al juez la designación de un curador.

12. ¿La figura del curador *ad litem* y los informes periciales permiten conocer la opinión de los NNA de manera eficaz?

Respecto a los curadores, un 30% de los jueces respondió que cuando el curador designado es proactivo y genera espacios en que el NNA le ha manifestado su opinión si permite conocer la opinión del NNA de manera eficaz. Pero en cambio no es eficaz cuando solo transmite o replica los resultados de las pericias u otros informes diagnósticos. Mientras que el 70% de los jueces expresaron que sólo a veces esta figura es eficaz en dar a conocer la opinión de los NNA.

En cuanto a los informes periciales, el 100% de los jueces señalaron que sólo en ocasiones son eficaces. Y un 65% expresaron que estos informes periciales y diagnósticos son importantes a la hora de considerar si se debe escuchar al NNA. Por el contrario, el 35% de los jueces expresaron que el ejercicio del derecho del niño a ser oído depende de los informes periciales. Y respecto a si los jueces prefieren realizar la audiencia reservada o los informes periciales o diagnósticos, puesto que son dos asuntos distintos los informes y la entrevista, la mayoría de los jueces en un 60% expresó que ambas son preferibles ya que sirven de contraste, pero hay que tener en cuenta que depende de cada caso.

Por otro lado, los curadores en un 70% respondieron que consideran que los informes de peritos no permiten conocer eficazmente la opinión de los NNA y solo un 30% que si son eficaces.

13. ¿Cree usted que actualmente hace falta una mayor especialización en capacitar a jueces y curadores *ad litem* en metodologías para entrevistar al NNA?

Un 90% de los curadores respondieron que consideran que si hace falta mayor capacitación a los jueces y curadores respecto a metodologías para ejercer el derecho del niño a ser oído.

De igual modo los abogados litigantes en un 100% dijeron que si creen que hace falta mayor especialización.

14. ¿Considera usted que la falta de una preparación adecuada para los jueces en materia de entrevistas y metodologías apropiadas para poder escuchar y considerar la opinión del NNA es un factor que incide en la frecuencia y en los resultados al momento de tomar la resolución judicial?

La mayoría de los curadores con un 60% considera que si influye esta falta de preparación al momento de fallar. Un 20% respondió que tal vez, y un 20% respondió que no influye.

Mientras tanto los abogados en un 55,6% respondieron que tal vez y solo un 44,4% dijeron que sí creen que la falta de preparación para escuchar a los NNA incide a la hora de emitir sentencia.

15. Cómo es la acogida de los padres o adultos significativos respecto a la decisión del juez de reunirse y conversar con el NNA:

El 66,7% de los consejeros respondió que los padres o adultos significativos se ven satisfechos de que se escuche la opinión del NNA, y un 33,3% dijo que depende de la materia que se trate y la calidad de las partes.

Respecto a los abogados el 55,6% expresaron que los padres o adultos significativos están de acuerdo con que el NNA sea entrevistado, pero el 44,4% considera que no les gusta que el NNA sea entrevistado.

16. ¿Cree usted que los tribunales de familia de la región de Atacama están respondiendo adecuadamente al mandato de la CDN de escuchar a los NNA?

El 60% de los curadores ad litem señalaron que consideran que no se está respondiendo adecuadamente a tal mandato. Pero un 30% respondió que considera que sí. Un curador en especial expresó que “ha sido un tránsito bastante paulatino, donde la nueva camada de jueces tiene super bien incorporado lo prescrito por la convención, reflejándose en la escucha activa de los NNA como en el fundamento de sus fallos. Aunque sin duda hay diversas circunstancias que pueden alterar dar estricto cumplimiento a lo manifestado por el NNA, porque podrían colisionar el principio del interés superior del niño con el interés manifiesto y la autonomía progresiva, quedando en manos del juez dirimir cual va a primar. En tal sentido creen que van por buena senda, pero sin duda se requiere mayor capacitación en temas como trastorno del espectro autista (TEA), perspectiva de género, disidencias sexuales, etc., ya que todos estos elementos son relevantes a la hora de recoger efectivamente la opinión de los NNA”.

En tanto a los consejeros técnicos un 90% respondió que cree que si se está cumpliendo tal mandato en los tribunales de familia de la región.

Los abogados por su parte un 77,8% respondió que si considera que se está cumpliendo tal mandato. Pero un 11,1% considera que no. Mientras el resto considera que es relativo ya que a veces pareciera que sí y otras que no.

17. Herramientas que consideran que todo curador *ad litem* debiera manejar para entrevistar a un NNA:

Los curadores respondieron que lo más importante es tener conocimientos profundos en materia de infancia y adolescencia, conocimientos en desarrollo

evolutivo, sobre la observación general N°12 y la CDN, tener en cuenta los efectos de la victimización secundaria, para así aplicar las técnicas de entrevistas conforme a la especialidad que son entregadas en los cursos. También mencionaron que antes de hablar con el NNA es importante estudiar su caso para saber si tiene alguna condición especial, y conocer el hecho de vulneración por el que está pasando. Además, es muy importante ser empático, usar un lenguaje adecuado, darle seguridad, apoyo y no prejuiciar al NNA.

18. Desafíos específicos para los funcionarios de los tribunales de familia en esta materia:

Algunas de las respuestas de los jueces fueron que los desafíos específicos en esta materia para ellos es que les falta adquirir mayores conocimientos especializados en materia de infancia y adolescencia, las cuales pertenecen a ciencias distintas del derecho. También resolver fundadamente cuando la decisión final es contraria a la opinión vertida por el NNA. Tener claridad y garantizar que el NNA es un sujeto de derechos y que su derecho a ser oído no es un medio probatorio.

Los curadores respondieron que les hace falta tener entrevistas con los NNA en forma regular, durante todo el proceso judicial. Representar fielmente la opinión de los NNA, buscando argumentos en favor de sus pretensiones incluso cuando pugnan con la red de protección. Producir prueba que pueda contextualizar en una visión sistemática la situación del NNA e integrarla con su opinión. Lograr conocer a sus representados de tal manera de estimular su participación en las audiencias. Aprovechar al máximo los aportes proporcionados por los NNA, en base a la aplicación de diferentes ramas, no solo jurídicas, sino que cualquier aspecto empírico que pueda ser beneficioso para el crecimiento y superación de traumas o vicisitudes de los NNA, en palabras de uno de los curadores *“por ello es necesario superar el estigma de que el derecho de familia es básico y cualquiera puede ejercerlo, ya que estos procesos pueden llegar a afectar el futuro de las familias y sus vivencias*

futuras”. La capacitación permanente y escucha activa, no obstante, la problemática se genera por el gran número de causas en las cuales se designan a los curadores *ad litem* que no pertenecen a programas especializados y exclusivos sobre la materia. Incorporar a los NNA en los procesos, bajo la concepción que justamente los procedimientos judiciales tanto penales como proteccionales, se tratan precisamente de ellos. Desarrollo de habilidades en entrevistas que permitan el ejercicio del derecho a ser oído evitando victimización secundaria y permitiendo una capacitación continua en aspecto psicosociales y de desarrollo evolutivo. Mayores espacios de participación y justicia amigable para los NNA. Además, varios curadores coincidieron en que hace falta preponderar tanto el interés manifiesto, como el interés superior del NNA.

Los consejeros respondieron que no se considere la entrevista como prueba o que de ella dependa únicamente lo que se resuelve. También que se necesita mantener una constante formación para manejar adecuadamente la entrevista. Los desafíos siempre están en la preparación y el abordaje de la entrevista del NNA.

Por lo que concierne a los abogados litigantes, dijeron que el primer desafío la gran mayoría de las veces es iniciar el procedimiento construyendo una defensa que, como línea central, asuma la desventaja que habrá frente a algún programa, actor y/o servicio amparado por el estado. En palabras de uno de los abogados *“Saber desde ya que tu representado no tendrá igualdad inicial, no lo puedes decir así, pero es un nudo crítico en la defensa”*. Expresaron también que, no es menor el hecho que el vínculo o la desvinculación de un NNA con su padre, madre o terceros significativos, dependa de antecedentes objetivos (una pericia, por ejemplo) y que pierden de vista el hecho de que está elaborada por personas, que yerran, y fallan más de una vez al día, es complejo visualizar la defensa de esa manera.

Además, uno de los desafíos que tienen es la preparación en materias de infancia, principalmente en protección del interés superior del niño. La

especialización y formación académica con mayor preparación en el pregrado. La falta de especialización de algunos jueces en donde prima una visión adulto centrista y asistencialista en los procesos de medidas de protección y adopción. Igualmente señalaron que les falta poder mantener coordinación con los organismos públicos que intervienen y poder colaborar mutuamente. Apuntar hacia la modernización del procedimiento y hacia una técnica de litigación que pueda satisfacer las necesidades de los intervinientes con el foco en los NNA. Ya que hoy en día según la opinión de los mismos abogados todavía se busca priorizar las necesidades de los adultos por sobre el NNA. Y coincidieron en que en ocasiones fallan en considerar al NNA como sujeto de derechos. La constante especialización, adquisición de herramientas del área social y psicología, lograr comunicarse con el NNA de manera adecuada para así representarlo de manera correcta y hacerle ver a los padres que el NNA es un sujeto de derecho y no una moneda de cambio o instrumento.

CAPÍTULO III “ANÁLISIS Y CONTRASTE: LEY Y PRÁCTICA A PARTIR DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO”

En este tercer y último capítulo de esta memoria, se efectuará un análisis crítico y demostrativo respecto al rol ejercido en los tribunales de familia de Copiapó y Vallenar tanto por jueces, abogados litigantes, curadores *ad litem*, y consejeros técnicos, con el fin de velar y cumplir con el derecho del niño ser oído y no con su obligación, se vuelve a remarcar esta idea, por cuanto se considera relevante acentuarlo una y otra vez, contando para ello con el resultado obtenido del estudio investigativo realizado a las personas mencionadas de forma precedente y contrastarlo con el modo en que se salvaguarda este derecho en los demás juzgados de familia del resto de nuestro país, y luego de aquello en base a lo investigado dejar en evidencia, si es la ley referida a esta materia la que prevalece o si por el contrario, los tribunales hacen caso omiso a esta, guiándose por prácticas y costumbres recogidas al pasar del tiempo.

3.1. Criterios considerados para que un niño, niña o adolescente ejerza su derecho a ser oído en los Juzgados de Familia.

Primeramente, es importante volver a destacar que siempre se le pregunta al NNA si desea manifestar su opinión en el procedimiento, puesto que es un derecho y no una obligación.

En términos generales, el artículo 12 de la CDN establece este derecho en sencillos términos señalando dos cosas; por un lado, habla de la garantía que se le dará al NNA para que ejerza su derecho a ser oído, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado, y, por otra parte, señala el valor que el juez le dará a sus opiniones. En atención a lo primero, no todo NNA debe ser llamado a dar su opinión, solo aquellos que a criterio de los jueces poseen juicio propio suficiente, esto parece ser arbitrario, pero no lo será en la medida que el juez/a funde debidamente sus razones para así, además de cumplir el mandato legal, también quedar protegido de

una posible nulidad de su sentencia. Lo segundo significa que se deberá ponderar la madurez y la edad del NNA para tomar con mayor peso sus opiniones. En este contexto, ambos factores dan por concurrente el hecho de que el derecho del niño a ser oído es una facultad para los jueces y no puede significar una obligación debido a que dicho derecho está sujeto a requisitos de apreciación. Con mayor razón cuando se puede suponer que los NNA no poseen dicha virtud, como cuando están en la primera infancia⁸¹.

Dicho en forma breve, podemos concluir que existen 2 criterios de interpretación para decidir si escuchar o no la opinión del NNA en el procedimiento, por una parte, están los que señalan que, si la CDN no fijó una edad mínima a partir de la cual deba ser escuchado el NNA, lo correcto sería apelar a la “lex fori” mientras que, por otro lado, están lo que consideran que se debe evaluar cada caso en particular, analizando el nivel de madurez del NNA para manifestar su opinión y sentir⁸².

Acerca de esto existe una contundente jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en que se indica que en todo caso el NNA debe ser oído directamente por los jueces. No obstante, esto no siempre ocurre en la práctica ya que hay diversas formas de participación del NNA donde se escucha su opinión en el juicio. Aparte de la audiencia reservada con el juez, en la práctica lo más común es que se recoja la opinión del NNA a través de entrevistas realizadas por el curador *ad litem* designado o los consejeros técnicos o a través de los padres o adultos responsables. Quien entrevista en persona al NNA generalmente es el consejero técnico, pasando el juez a asumir la dirección de la diligencia, empero, de igual modo hay jueces que toman el trámite, dejando que el consejero oriente las preguntas. Según el criterio de Carretta y Barcia

⁸¹ CARRETTA Muñoz, Franceso y BARCIA Lehmann, Rodrigo. Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial. Cuadernos jurídicos de la Academia Judicial. Materia docente N°8. Santiago, Chile. 2020. 166p.

⁸²ESPADA Mallorquín, Susana. Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales. Revista Chilena de derecho Privado, N°25, p.257-278, Diciembre 2015.

esta última opción es la mejor, a causa de que es más próxima al principio de intermediación que guía todas las gestiones del procedimiento⁸³.

Lo anteriormente expuesto, se debe a que, siguiendo las recomendaciones de los consejeros técnicos, generalmente los jueces optan por no entrevistar al NNA en causas donde existe gran conflicto entre las partes, por ejemplo, divorcios destructivos, también cuando existe una sintomatología activa, en los casos en que el NNA ya ha sido entrevistado en otros procesos o por otros jueces en un periodo menor a 6 meses o tenga estricta relación con los mismos hechos, para no ocasionar la victimización secundaria del NNA. De igual modo, es necesario resaltar que la mayoría de los funcionarios encuestados considera que las entrevistas con los NNA son imprescindibles en el procedimiento, ya que es la actuación del juicio que los visibiliza como sujetos de derecho. Aunque se debe tener en cuenta siempre que, si ese derecho lo ejerció en el desarrollo de las pericias o con su curador *ad litem* designado es suficiente, por lo cual, no es necesario que el juez realice la audiencia reservada para evitar nuevamente la citación del NNA al tribunal y así evitar el fenómeno de la revictimización secundaria.

Por otra parte, en los Tribunales de Familia de la región de Atacama, la mayoría de las veces es el consejero técnico quien realiza la entrevista con el NNA y solo en casos excepcionales el juez decide hacer la audiencia reservada, esto debido a que según lo expresado por los mismos jueces, curadores *ad litem* y consejeros técnicos, los jueces no tienen la capacitación o preparación suficiente respecto a conocimiento técnico, manejo y contención emocional para hablar con los niños, niñas o adolescentes, por lo tanto, a veces realizan preguntas directas que pueden resultar intrusivas o ansiógenas para el NNA y en este sentido los consejeros tienen mejores habilidades para escucharlos y dialogar con ellos, debido a su preparación profesional. Igualmente influye que en ciertas oportunidades los adultos responsables no perciben de buena

⁸³CARRETTA Muñoz, Franceso y BARCIA Lehmann, Rodrigo. Op.Cit., p.112-113.

manera que el juez decida entrevistar al NNA por lo cual no generan el espacio y los tiempos necesarios para ejecutar la entrevista.

Otro punto que los tribunales de familia tienen en consideración para decidir escuchar la opinión de los niños, niñas o adolescentes en el procedimiento, son los informes periciales o diagnósticos. Los jueces encuestados expresaron que estos informes son realmente relevantes a la hora de decidir si se debe escuchar al NNA, incluso algunos de los jueces indicaron que su decisión dependía de ello.

3.2 ¿Cómo son llevadas a cabo las entrevistas a los niños, niñas y adolescentes en los juzgados de familia?

Acerca de la diligencia en sí, no existen limitaciones jurídicas para que se realicen las entrevistas las veces que el juez lo considere pertinente, sin embargo, los jueces optan por no citar a los NNA más de una vez a declarar. Con relación a la modalidad de aplicación de las entrevistas a NNA, la LTF dispone que la audiencia reservada debe efectuarse solo con la presencia del juez, pero en la práctica se advierte que esto habitualmente no es así, la entrevista generalmente en todos los Tribunales de Familia del país se lleva a cabo con la asistencia del juez, consejero técnico y curador *ad litem* designado.

En cuanto al lugar donde se están efectuando las declaraciones de los NNA actualmente ocurre en dos lugares; en la Sala Gesell en los tribunales que cuentan con ellas y si no es así se llevan a cabo en las salas ordinarias de audiencia. Claramente el lugar considerado óptimo para realizar la entrevista con el NNA es en la sala Gesell, no obstante, además de que algunos tribunales aún no cuentan con ellas, al no haber una obligación legal de hacerla ahí, algunos jueces optan por realizarla en otro lugar dependiendo de las circunstancias. (Todo esto omitiendo la realidad virtual en la que están trabajando actualmente los tribunales por la pandemia que estamos viviendo, ya que estas son otras circunstancias que no abordaremos en esta tesis).

Respecto a la etapa procesal en que se efectúa la participación del NNA en el procedimiento podemos decir que generalmente es desarrollada durante la audiencia de juicio, sin embargo, cuando existen hechos graves, constitutivos de violencia intrafamiliar o medidas de protección se realizan mayormente durante la audiencia de preparación, teniendo en cuenta que se debe actuar lo antes posible para aportar información al juicio y saber lo que opina el niño, niña o adolescente.

Sobre la audiencia reservada en sí, de acuerdo con la LTF no es un procedimiento obligatorio para el juez de familia, sino que esta se realiza a petición de terceros, siendo una facultad de los abogados litigantes y por lo cual estos pueden solicitarla, pero no siempre respondiendo a los intereses y necesidades de los NNA⁸⁴. A propósito, los abogados litigantes de la región de Atacama la mayoría solicita al juez/a que realice la audiencia reservada con el NNA principalmente en casos donde existen medidas de protección, lo cual coincide con lo que pasa a lo largo del país. Sin embargo, la generalidad de los jueces de familia del país parece inclinarse preferentemente optando por los peritajes e informes diagnósticos para integrar al proceso la opinión de los NNA, sostienen esta práctica basándose principalmente en las mejores destrezas de escucha por la preparación de los profesionales a cargo y los tiempos involucrados, lo cual a mi parecer revela inseguridad de los jueces en sus propias competencias con respecto al ejercicio de la audiencia reservada, lo cual muestra las carencias y falencias con las que se cuenta aún en esta materia en los Tribunales de Familia.

Además de que los peritajes e informes diagnósticos son un medio probatorio y no tienen como objetivo recoger los deseos y sentimientos del NNA, puesto que son dos asuntos distintos y tienen diferentes finalidades los informes y la entrevista. Como es sabido las pericias son medios de prueba, que tienen por finalidad entregar información experta al juez sobre los hechos, sucesos o personas involucradas en el caso. Se trata de evaluaciones técnicas concretadas por una persona que tiene conocimientos en una determinada ciencia o arte, quien luego debe emitir un informe ante el juez. Lo mismo

⁸⁴ SALUM Elena, SALUM Sara & SAAVEDRA Ricardo. Op.Cit., p.69.

sucede con los informes de daño que dan cuenta del manejo de las diferentes áreas de desarrollo del NNA, pero no tiene como fin conocer su voluntad.⁸⁵

A su vez cabe señalar, que en la práctica la audiencia reservada esta englobada por algunas medidas y requisitos que apuntan a la protección del NNA, de modo que lo anterior, sumado a la carencia de competencias adecuadas para obtener la voz de los NNA (cosa que los mismos jueces confiesen según estudios realizados y que coincide con las declaraciones de los jueces de familia de la región de Atacama) ha significado que algunos de ellos opten derechamente por no oír a los NNA o que lo hagan en forma indirecta, como se dijo anteriormente. Sin embargo, considero que la principal dificultad que existe respecto a la audiencia reservada es la ausencia de protocolos que estandaricen la actuación en todos los Tribunales de Familia, de modo que no quede aquella facultad al arbitrio del juez/a que dirige la audiencia.

Con relación a esto, los abogados litigantes de los juzgados de Familia de Copiapó y Vallenar señalaron que en materias de familia que involucran a NNA, el rol que cumplen los consejeros técnicos y los profesionales de los programas de intervención en el marco de las medidas de protección, es mucho más importante que el rol del juez en sí mismo, quien muchas veces falla y argumenta conforme a la opinión de los consejeros o programas que constan en el proceso; en consecuencia, donde más se observan falencias es en el control jurisdiccional de las intervenciones especializadas, siendo un desafío para los abogados litigantes al momento de controvertir las opiniones expresadas por dichos profesionales, escapar de la casi absoluta certeza que los jueces entregan a los informes técnicos, que muchas veces son incompletos o inadecuados para el caso en específico en opinión de algunos abogados litigantes.

Respecto a la función de los curadores *ad litem*, primeramente, es importante destacar que, en nuestro país, la única institución que por mandato legal regula la representación de los NNA en un juicio de familia es la del curador *ad litem*. Bajo esta tesitura, en el artículo 19.1 de la LTF se señala que: “*en todos los asuntos de competencia de los*

⁸⁵ VARGAS, Paves, Macarena y CORREA, Camus, Paula. La voz de los niños en la justicia de Chile. Op.Cit. p.192.

juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes e incapaces, el juez deberá velar por que estos se encuentren debidamente representados". Sobre esto, de acuerdo con la información que nos entregaron los jueces, curadores, consejeros y abogados de los Tribunales de Familia de Atacama, en la práctica de este derecho, los curadores son designados por los jueces en todas las causas en que existen derechos comprometidos de los NNA y normalmente son en causas de medidas de protección, cuidado personal y relación directa y regular. Así mismo, la mayoría de los jueces señalaron que, aunque la decisión de designar un curador *ad litem* es una decisión jurisdiccional y no técnica, generalmente se asesoran por el consejero técnico para tomar la decisión.

Por otra parte, me parece necesario resaltar que según el estudio del informe de Lepin y Lama, en la mayoría de los juzgados de familia del país, la oportunidad en que se designa un curador *ad litem* es en la audiencia preparatoria, posteriormente de que se ofrezca la prueba, lo cual causa confusión en los operadores con los medios de prueba, además en ocasiones también es ofrecido como medio probatorio por los abogados y al posibilitar expresar opinión únicamente en una instancia en que ya no es factible efectuar alegaciones o defensas ni presentar medios de prueba, también causa indefensión⁸⁶.

Ahora bien, con respecto al cumplimiento de su función en sí, los mismos curadores *ad litem* advierten ciertas dificultades para cumplir su cargo, algunas de ellas son el acceso regular para dialogar con los NNA como debería ser, ya sea porque los padres o adultos significativos obstaculizan el contacto o derechamente lo niegan. También, alegan dificultades prácticas como las largas distancias y tiempo para encontrarse con los NNA con anticipación a la audiencia, debido a que son sobrepasados por el gran número de causas en que son designados que no pertenecen a programas especializados y exclusivos sobre la materia, lo que les impide que tengan un contacto estrecho y continuo con los NNA, contacto que en mi opinión debería prevalecer a lo largo de

⁸⁶ LEPIN, Molina Cristián & LAMA, Galvés, Belén. Op.Cit., p.787.

todo el procedimiento. Otra de las dificultades es la falta de una mayor especialización sobre metodologías y habilidades para ejercer el derecho del niño a ser oído.

Dicho lo anterior, en parte de la doctrina existen ciertas críticas a la figura del curador *ad litem* como garantizador de la participación del NNA en el fallo del caso. A causa de que señalan que el curador se transforma en un filtro que deforma la voz del NNA y su interés manifiesto en el juicio, debido a que el curador hace su propia lectura acerca de lo que él cree que es mejor para el interés superior del niño primando esto y no el interés manifiesto por el NNA⁸⁷.

No obstante, lo expresado precedentemente, por los propios jueces, cuando el curador *ad litem* designado es proactivo y genera los espacios para que el niño, niña o adolescente manifieste su opinión, esto permite conocer la apreciación del NNA eficazmente, pero en cambio no es efectivo cuando el curador solo transmite o replica los resultados de las pericias o informes diagnósticos. Lo cual nuevamente, permite inferir que existe la necesidad de fortalecer las competencias de los jueces, abogados, consejeros y curadores *ad litem* para oír a los niños, niñas y adolescentes, en especial a los más pequeños.

3.3 Factores que determinan la participación del niño, niña o adolescente en el procedimiento.

A nivel país se puede apreciar que la participación de estos depende de 3 grandes criterios; materia sobre la cual versa la causa, edad del NNA y además depende en gran medida de la manera en que termine el caso⁸⁸.

- Materia sobre la cual versa la causa: de las encuestas a los funcionarios de los juzgados de Atacama podemos concluir que mayoritariamente se promueve la

⁸⁷ ESPADA Mallorquín, Susana. Op.Cit., p.264.

⁸⁸ VARGAS, Paves, Macarena y CORREA, Camus, Paula. La voz de los niños en la justicia de Chile. Op.Cit., p.194.

participación de los NNA en los casos donde existen medidas de protección. Aunque los jueces dijeron que ellos promueven la participación de los NNA en todos aquellos casos donde se ven involucrados los derechos de estos (incluyendo relación directa y regular, y cuidado personal). Lo que difiere con los informes a nivel país donde los resultados sugieren que en los casos de cuidado personal o relación directa y regular y violencia intrafamiliar la participación de los NNA es bastante limitada, en vista de que cuando los NNA participan en este tipo de causas los hacen de un modo indirecto. No se escucha su opinión de primera fuente, sino que, a través de los relatos de terceros, ya sea a través de informes periciales, diagnósticos o a través de las partes⁸⁹.

- Edad del NNA: los estudios realizados a nivel país dan cuenta que algunos jueces procuran proteger a los NNA de los riesgos de posibles manipulaciones o sanciones de parte de los padres o quienes tengan el cuidado de los NNA, es por ello que, en el caso de los niños y niñas menores de 5 años el juez prefiere que sus opiniones se entreguen a través de la voz de los adultos, ya sean parientes, peritos o profesionales del sistema. De la misma forma en la región de Atacama la mayoría de los funcionarios encuestados señalaron que los niños y niñas tienen capacidad de conversar con el juez/a y dar su opinión en el procedimiento desde los 5 años aproximadamente, aunque se coincide en que no es una evaluación estándar, ya que depende mucho de la madurez del NNA, y de su caso en particular por lo que no depende totalmente de la edad. Sobre esto último, si bien pareciera que según la norma nunca se podría escuchar a un lactante, a propósito de la autonomía progresiva, esto no es así. En virtud de que a quien le está permitido lo más, también le está permitido lo menos.

Una de las opiniones de los curadores *ad litem* encuestados fue que; “el derecho del niño a ser oído no significa solo hablar, por lo que inclusive es posible escuchar al NNA a cualquier edad, hasta en los primeros meses de vida porque

⁸⁹ *Ibíd.*, p.194-195.

si no se puede establecer un diálogo es posible hacer una observación vincular”. El instrumento de observación vincular permite evaluar en la interacción entre el adulto y el niño o niña, una serie de indicadores y conductas problemáticas que pueden emerger en el espacio vincular. Esto se sustenta en la observación general N°7 y N°12 donde se aclara que no solo debe oírse a un niño o niña por el habla, sino que también por sus expresiones no verbales. De igual forma la psicóloga argentina Farkas señala que *“los NNA pueden expresar sentimientos desde la edad más temprana de acuerdo con la ciencia y para ello desarrollan ciertos gestos corporales que son fácilmente apreciables por los sentidos. Hay estudios que le otorgan significado a la comunicación gestual de un lactante entre los 8 y 12 meses de edad, particularmente se refieren al movimiento de sus dedos en una u otra dirección, con lo que expresa ciertas necesidades”*⁹⁰.

No obstante, si acudimos a la práctica de los tribunales en Chile, los informes que han estudiado esta materia indican que, aunque no existen rangos de edades fijas, normalmente los NNA son oídos desde los 5 o 6 años en adelante y con mayor presencia entre los 10 a 14 años por cuanto los jueces estiman que dentro de este rango de edad son menos influenciados o manipulables, mientras se observa que los niños y niñas menores de cinco años son raramente oídos en juicio.⁹¹ Podemos concluir que la exigencia de edad establece un supuesto subjetivo que varía según el NNA, puesto que el grado de comprensión de los niños, niñas o adolescentes no va ligado de forma equivalente a la edad biológica.

- Forma en que se da fin al procedimiento: depende fundamentalmente de la facultad de los adultos para llegar a acuerdos. Ya que, en la audiencia

⁹⁰ FARKAS, Chamarrita. Comunicación gestual de la infancia temprana: una revisión de su desarrollo, relación con el lenguaje e implicancias de su intervención. *Revista Psykhe*. Vol 2 N°16. 107-115p. 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-22282007000200009> [Fecha de consulta: 28 noviembre 2021]

⁹¹ ESPADA Mallorquín, Susana. Op.Cit., p.266.

preparatoria el juez indaga la posibilidad de que las partes puedan llegar a acuerdos colaborativos, con el apoyo del consejero técnico. Por lo que en la práctica si logran terminar el juicio vía acuerdos, y se dictamina una determinada medida de protección generalmente el juez no escucha la opinión del NNA en audiencia alguna, quedando los NNA ausentes del proceso, debido a que habitualmente en los juzgados de familia del país la audiencia reservada se realiza en la audiencia de juicio. Mientras que, si los conflictos son más profundos y no se llega a acuerdo, hay mayores posibilidades de que el NNA participe en el juicio.

En cuanto los tribunales de familia de la región de Atacama podemos decir que, se coincide con esta práctica ya que la mayoría de los jueces expresaron que cuando los adultos del procedimiento logran resolver sus controversias vía acuerdos y los adultos manifiestan la opinión de los NNA considerándolos como sujetos de derecho, generalmente no se considera necesario entrevistar al niño, niña o adolescente.

3.4 Consideración de la valoración de los jueces sobre la opinión del niño, niña o adolescente a la hora de emitir sentencia.

La valoración y ponderación de los elementos que mencione el NNA al momento de resolver una cuestión que lo afecte, corresponde a un análisis y reflexión que les incumbe internamente a los jueces, por lo que en ningún caso debe intencionar una contrastación y/o búsqueda hostil de información de parte de los curadores *ad litem*, abogados litigantes o consejeros técnicos. Aunque si puede aclararse la información inespecífica y poco clara, no obstante, esta siempre será desde la perspectiva del niño, niña y adolescente.

De esta forma el Código Civil Chileno en su artículo 242.2 y la LTF en su artículo 69.1 aluden a tener debidamente en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente en atención de su edad y madurez, lo que engloba seguir su opinión totalmente, en parte o desecharla. Pero en caso de que el juez rechace la opinión del NNA, principalmente

cuando se trate de un adolescente, será cada vez más difícil que no tome en cuenta, aunque sea en algún sentido la opinión del adolescente debido a que su madurez será determinante.⁹² Por otro lado, en caso de que el NNA no quiera participar del juicio, no dando su opinión, el juez deberá dejar constancia debidamente de las razones que exprese el NNA.

De igual forma se ha señalado por la doctrina que el deber de oír la opinión del NNA, no debe ser confundido con la de aceptar su deseo como si de un mandato se tratase. Lo que debe hacer el juez es ponderar los principios en tensión y examinar las alternativas de solución, y lo manifestado por el NNA tiene que ser considerado con un peso relativo en la resolución que se adopte, es por ello que en la fundamentación de la sentencia es preciso que el juez ponga de manifiesto que dicha opinión del menor fue tomada en cuenta.⁹³ La intención que debe tener el juez en la entrevista, es descubrir la real voluntad, interés y conveniencia del NNA, ya que lo que allí se diga, será un elemento fundante en la decisión del juez, aunque no su decisión misma. La necesidad subjetiva del NNA será comparada con su necesidad objetiva, toda vez que el juez emitirá sentencia teniendo en cuenta el interés superior del niño⁹⁴.

Dentro del análisis de este derecho, en la Región de Atacama todos los jueces respondieron que la opinión de los NNA es relevante a la hora de fallar, se evalúa la coherencia del relato, contrastando lo indicado por el niño, niña o adolescente con los medios probatorios. Los jueces expresaron que la opinión del niño, niña o adolescente la comparan con los informes periciales y diagnósticos. De igual manera la mayor parte de los curadores *ad litem*, consejeros técnicos y abogados litigantes indicaron que los jueces casi siempre incorporan la voluntad manifestada por el NNA al momento de resolver.

Ahora bien, el juez excepcionalmente podrá decidir no escuchar al NNA evaluando los antecedentes del caso en concreto, para así evitar su victimización secundaria y también

⁹² CARRETTA Muñoz, Franceso y BARCIA Lehmann, Rodrigo. Op.Cit., p.115.

⁹³ ESPADA Mallorquín, Susana.. Op.Cit., p.260.

⁹⁴ *Ibíd.*, p.262.

en caso de que haya un informe psicológico que objete imposibilidad del niño, niña o adolescente de manifestar su opinión, todo esto, por motivos sustentados en el interés superior del niño. De igual modo, se reitera que, aunque el NNA manifieste su opinión, el juez podrá no considerarla o no darle valor alguno dado que la opinión del niño, niña o adolescente no es una especie de orden para los jueces, empero, este rechazo del juez debe estar debidamente fundado en que esta declaración atente contra el propio interés superior del niño, basándose en la medida que la voluntad del NNA no es aceptable por el ordenamiento jurídico.

Por último, es importante destacar que los funcionarios encuestados en su mayoría consideran que la carencia de una preparación adecuada para los jueces en materia de entrevistas y metodologías apropiadas para poder escuchar y considerar la opinión del NNA es un factor que incide en la frecuencia y en los resultados al momento de tomar la resolución judicial. Razón por la cual se concluye que la falta de especialización de los jueces de familia, a pesar de las capacitaciones en temáticas de infancia desarrolladas por la academia judicial, no son suficientes, por lo que esta carencia de metodologías dificulta que se considere verdaderamente la opinión de los NNA, en especial de los niños y niñas menores de 10 años.

3.5 Habilidades que deben tener los funcionarios de los juzgados de familia al momento de efectuar las entrevistas con los niños, niñas y adolescentes.

En este último punto, debemos tomar en cuenta que el entrevistador tiene que proporcionar un clima adecuado para que el NNA pueda expresarse con libertad, confianza, y de forma segura. De modo que debe considerar variados elementos, como su formación profesional, apariencia física y actitud frente al NNA. Es realmente importante que el entrevistador, ya sea el juez, curador *ad litem* o consejero técnico, cuente con la experiencia y preparación específica con el fin de que maneje las estrategias y métodos necesarios para lograr recabar una declaración honesta, completa y válida de parte del NNA. Para lograr esto es indispensable que los jueces, y demás

funcionarios del tribunal participen periódicamente en capacitaciones específicas e intensivas en temáticas de infancia para estar actualizados respecto al ejercicio de este derecho⁹⁵.

En este sentido, acerca de la metodología que deben tener los consejeros técnicos, curadores *ad litem* y jueces a la hora de dialogar con los NNA, los Tribunales de Familia de Atacama y los demás Juzgados de Familia de nuestro país, han sido enfáticos a la hora de entregar sus repuestas, toda vez que indican que existe una gran falencia en la preparación de los jueces, curadores *ad litem* y abogados litigantes, preocupante por lo demás, por cuanto no se están realizando las capacitaciones necesarias sobre metodologías para llevar a cabo las entrevistas a NNA, lo que en mi opinión es uno de los aspectos más perjudiciales, ya que carecen de habilidades, como lo son las destrezas que deben tener en miramiento a la hora de recoger las opiniones vertidas por los NNA, esto es, un lenguaje idóneo a la hora de efectuar las interrogantes, considerando la edad del entrevistado, ponderar tanto su interés superior como el interés manifiesto y autonomía progresiva, la precaución con la que deben contar a la hora de formular las preguntas en atención a elementos relevantes de cada niño, niña o adolescente, para lo cual se debe estudiar el caso en profundidad para saber si tiene alguna condición especial, como por ejemplo trastornos del espectro autista, disidencias sexuales, diversidad de género entre otras, lo que conllevaría a que cada profesional no cuente con un criterio uniforme de cómo actuar, quedando a su arbitrio, lo que da paso a una serie de vulneraciones a los NNA ya sean, daños emocionales, rasgos de estrés, etc.

Asimismo, es muy importante tener en cuenta los efectos de la victimización secundaria, por eso es necesario que los funcionarios de los Tribunales de Familia tengan cursos de especialización en entrevistas con NNA, materia de infancia y adolescencia para poder aplicar estas técnicas en las entrevistas. Sobre esto, los funcionarios de los juzgados de Familia de Copiapó y Vallenar coinciden con los

⁹⁵ PODER Judicial de Chile. *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Gula de Abordaje*. Op.Cit. p.60.

funcionarios de los juzgados de familia del resto del país al considerar que hace falta una mayor capacitación a los jueces y curadores *ad litem* respecto a herramientas para ejercer el derecho del niño a ser oído.

Así es dable llegar a la conclusión de que la formación y preparación de los funcionarios de los juzgados de familia respecto a esta materia debe ser de forma periódica, también se deben analizar las prácticas continuamente para así desarrollar mejores técnicas, en vista de que la retroalimentación constante además de que permite comprender mejores prácticas y destrezas también sirve para evidenciar las equivocaciones y dificultades que se cometen en las entrevistas con los niños, niñas y adolescentes⁹⁶.

⁹⁶ Loc.Cit.

CONCLUSIONES

Al finalizar esta memoria, se han cumplido los objetivos propuestos en un principio, pues se ha encontrado respuesta a ellos.

De las evidencias anteriores se puede concluir lo siguiente:

1. Como primera conclusión, se establece que, actualmente en la legislación interna no se refuta el derecho del niño a ser oído, considerando al NNA como un sujeto de derecho, dejando atrás la arcaica idea de verlos como un mero objeto que se encontraba sometido a la facultad de sus padres o adultos responsables. Sin embargo, lo mencionado precedentemente no se ve plasmado en la práctica, toda vez que el ejercicio de este derecho en los tribunales de la región de Atacama no lo cumplen cabalmente ya que aún existen jueces de familia, curadores *ad litem*, y abogados litigantes que no garantizan con claridad que el NNA es un sujeto de derechos y que su derecho a ser oído no es un medio probatorio. En definitiva, para algunos jueces de familia todavía prima una visión adulto centrista, donde se busca priorizar las necesidades de los adultos por sobre las del niño, niña o adolescente y se les sigue tratando desde una mirada tutelar, es decir como un objeto de derecho, no respetando lo establecido en la legislación, por lo que en estos casos no se actúa conforme a la ley.
2. Los Juzgados de Familia de Copiapó y Vallenar no se encuentran alejados de la realidad presente que prima en el resto del país, esto es con respecto a la aplicación del derecho del niño a ser oído, a la manera en que se llevan a cabo las entrevistas y en cuanto a la carencia de capacitaciones en temáticas de infancia con que cuentan los funcionarios de los tribunales, acerca del manejo de metodologías y habilidades para dialogar con los NNA. Dicho en forma breve, con respecto a la formación especializada de los jueces de familia, curadores *ad litem*, consejeros técnicos y abogados litigantes en

materia de infancia y adolescencia, se desprende que gran parte cuenta con capacitaciones, pero no todos, por lo que es este punto una de las grandes falencias a nivel regional. A mi parecer es incongruente e irrisorio que, aún después de tantos años, siendo el derecho de los niños a ser oídos un derecho tan trascendental a nivel nacional como internacional, y estando estos reconocidos como sujetos de derechos en la legislación, haya profesionales de los juzgados de familia que no cuenten con una especial y debida capacitación en materias de infancias y entrevistas con NNA, ya que no cabe duda de que estas son de vital relevancia a la hora de ejercer sus funciones en pro de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por lo que concluyo que los cursos de la academia judicial no están siendo suficientes, y esta carencia de metodologías, herramientas y habilidades, sobre todo respecto a los jueces de familia es una de las mayores dificultades a la hora de considerar realmente la opinión del NNA en el procedimiento y no solo cumplir formalmente con poner en acción los mecanismos que la ley dispone.

3. Debido a que la LTF deja muchas lagunas respecto al ejercicio del derecho del niño a ser oído, el rol del juez es fundamental ya que queda a su discreción o arbitrio en qué momento y forma se escuchará la opinión del NNA en el procedimiento, por ello, considero que el principal obstáculo acerca del ejercicio del derecho de los NNA es la ausencia de protocolos que estandaricen la actuación en todos los juzgados de Familia, de modo que no quede aquella facultad al arbitrio del juez que dirige la audiencia, para así no perjudicar el derecho del niño a ser oído, el interés superior y su autonomía progresiva. Si bien es cierto, que la legislación de familia chilena fija mecanismos determinantes de la participación de los NNA en las causas judiciales de familia, ninguna establece de qué manera poner en práctica este derecho. Asimismo, y como lo determinado por la mayoría de la doctrina, la audiencia reservada carece de regulación específica, sin

perjuicio de que la Excelentísima Corte Suprema dictó un Auto Acordado que regula “la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en Tribunales con competencia en materia de familia”. El cual no es suficiente, es por esta razón, es que considero necesario y fundamental que la legislación especial, establezca el modo práctico de como ejercerlo: en cuanto a su contexto, oportunidad, forma de solicitud, plazo, tiempo, momento y criterios, entre otros. Para que así la posibilidad de los NNA de hacer valer sus derechos en los procesos en que tengan interés no quede entregada a la discrecionalidad del tribunal.

4. Por último y para finalizar, en cuanto a si los juzgados de familia de la región de Atacama responden adecuadamente al mandato de la CDN de escuchar a los NNA, considero que van por buena senda, pero sin duda reitero que se requiere mayor especialización en temáticas de infancia de todo tipo, tanto de metodologías para entrevistar a los niños, niñas y adolescente como también respecto a condiciones especiales que pueden tener los NNA, ya que todos estos elementos juegan un rol relevante al momento de recoger eficazmente la opinión de los NNA, y cuando el magistrado emite su sentencia.

Para terminar esta memoria me permito citar la gran frase de Hermann Gmeiner: *“nada es más importante en el mundo, me parece a mi que dedicarse a un niño”*.

BIBLIOGRAFÍA

1. 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”, en Arredondo, V., Toro, E., (comps), Espejos de Infancia, Análisis e intervenciones en violencia infantil. Fundación Paicabi, Valparaíso, 2010. 66p.
2. BUSTOS, Salazar, Andrea. La representación judicial de los niños en los procedimientos protectores. Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.
3. CARRETTA Muñoz, Francesco y BARCIA Lehmann, Rodrigo. Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial. Cuadernos jurídicos de la Academia Judicial. Materia docente N°8. Santiago, Chile. 2020. 166p.
4. CARRETTA Muñoz, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. *Revista Chilena de derecho*. 2018, vol.45, pp.407-426. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372018000200407&lng=en&nrm=iso&tlng=en
5. CARRETTA Muñoz, Francesco. Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico. *Revista de derecho (Concepc.)* [online]. 2018, vol.86, n.243 [citado 2021-10-29], pp.93-119. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000100093>
6. Código Civil, Diario oficial de la república de Chile. Santiago, 30 de mayo, 2000.
7. Comité de los derechos del niño. Observación general N° 12. 2009. El derecho del niño a ser escuchado. p.33

8. Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14. 2013. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. p.22
9. CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. (2017). Estudio de Casos de Consejos Consultivos de Niñas, Niños y Adolescentes en Tres Comunas de la Región Metropolitana. Santiago, Chile.
10. Corte Interamericana de derechos humanos 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párr. 74
11. Corte Interamericana de derechos Humanos. Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [Fecha de consulta: 1 de septiembre del 2021] 93p.
12. Defensoría de la niñez. Informe anual. Derecho a ser oído. Capítulo 2. 2019. 3p. disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019/II-cap2.html>
13. Defensoría de la niñez. Informe anual. Interés superior del niño. Capítulo 1. 2019. 3p. [fecha de consulta: 08 julio 2021] disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019/II-cap1.html>
14. ESPADA Mallorquín, Susana. Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales. *Revista Chilena de derecho Privado*, N°25, p.257-278. Diciembre 2015.
15. FARKAS, Chamarrita. Comunicación gestual de la infancia temprana: una revisión de su desarrollo, relación con el lenguaje e implicancias de su intervención. *Revista Psykhe*. Vol 2 N°16. 107-115p. 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-22282007000200009> [Fecha de consulta: 28 noviembre 2021]
16. GÓMEZ DE LA TORRE Vargas, Maricruz. “El nuevo derecho de la niñez” en Estudios de Derecho Privado, Libro Homenaje profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica, 2008, p. 435

17. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680. *Revista de derecho de familia*. N°1-2014 disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18712/28608> [Fecha de consulta: 15 septiembre 2021]
18. GÓMEZ DE LA TORRE, Vargas, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2007. 380p.
19. GONZÁLEZ, Valderrama, Andrea. Análisis crítico del rol del curador ad litem en la justicia de familia. Tesis para postular al grado de magister. Santiago: Universidad de Chile. Programa de magister en derecho con menciones. 124p.
20. HART, ROGER. La participación de los niños: de una participación simbólica a una participación auténtica. Ensayos Innocenti, n° 4, UNICEF, 1993
21. LEPIN, Molina Cristián & LAMA, Galvés, Belén. La participación de los niños en el juicio de familia. El mito del derecho a ser oído. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. No 13°. 2020. 770-793p. Disponible en: <http://www.revistaaji.com/wpcontent/uploads/2020/09/25. Cristi%C3%83%C2%A1n Lepin y Bel%C3%83%C2%A9n Lama pp. 770-793.pdf>
22. Ley 17.344 Autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Modifica Ley N.O 4808 sobre registro civil. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 22 de septiembre de 1970.
23. Ley 19.620 Dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 5 de agosto de 1999.
24. Ley 19.947 Establece nueva ley de matrimonio civil. Diario Oficial de la República. Santiago, 17 de mayo del 2004.
25. Ley 19.968 crea los tribunales de familia. Biblioteca del congreso nacional de Chile. Santiago. 30 de agosto del 2004.
26. MARTINEZ Morgado, Constanza. *Regulación del derecho del niño a ser oído por la actual ley N°19.968 y su consideración por los tribunales nacionales. Análisis de su eficacia en el ejercicio de este derecho en Chile*. Memoria para

- optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago: Universidad de Chile, 2016. 311 h.
27. Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de los derechos del niño*. 1959. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
 28. Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Costa Rica. 1969. disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
 29. PODER Judicial de Chile. *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Gula de Abordaje*. Segunda edición. Santiago de Chile. María Lundín Gaona. 2015. 104p.
 30. RIVEROS Alejandra, CERDA Alberto. Juzgados de Familia y Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. 2005. 9 p. disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13262/13537>
 31. ROBLEDO Galarce, Carola. *Análisis del derecho a ser oído del niño y a la participación en el nuevo derecho de familia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile, 2017. 136 h. 5p.
 32. SALUM Elena, SALUM Sara & SAAVEDRA Ricardo. Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. *Revista latinoamericana de derechos humanos*. Vol. 26 (2). (56-78p) 2015.
 33. TRONCOSO Vergara, María, PUYOL Wilson, Carolina. Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en tribunales de familia: una aproximación psicojurídica. *PRAXIS. Revista de Psicología*. N°25. 89-105p. 2014.
 34. UNICEF, comité español. *Convención sobre los derechos del niño. España, 2006. 10 p.*

35. VARGAS, Edmundo. “Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI”. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2007. p.216-217
36. Vargas, M, Correa, P, Barros, P. y Cerda, A. Niños, niñas y adolescentes en Tribunales de Familia: el derecho a ser oído. Santiago: Universidad Diego Portales y UNICEF. 2009.
37. VARGAS, Paves, Macarena y CORREA, Camus, Paula. La voz de los niños en la justicia de Chile. *Revista Ius et Praxis*. Vol 17 N°1. p.177-204 abril del 2011. [fecha de consulta: 20 octubre 2021] Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008