



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Vargas Pavez, Macarena; Correa Camus, Paula
LA VOZ DE LOS NIÑOS EN LA JUSTICIA DE FAMILIA DE CHILE
Ius et Praxis, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 177-203
Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19719406008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA VOZ DE LOS NIÑOS EN LA
JUSTICIA DE FAMILIA DE CHILE*
CHILDREN'S VOICES IN CHILEAN FAMILY COURTS

MACARENA VARGAS PAVEZ**
PAULA CORREA CAMUS***

RESUMEN

El derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta constituye un mandato legal que obliga a los jueces de familia a recoger sus deseos y sentimientos en una amplia gama de materias. Sin embargo, ni la Convención de Derechos del Niño ni la legislación nacional establecen cómo poner en práctica este derecho: ¿Quién debe escucharlos? ¿Desde qué edad en adelante? ¿En qué tipo de asuntos? ¿Con o sin presencia de sus padres o adultos significativos? Estas son algunas de las preguntas que surgen frente a esta temática. Dar a conocer los resultados de un estudio empírico que indaga sobre las formas en que la judicatura de familia recupera la voz de los niños, así como las dificultades y desafíos que entraña la aplicación práctica del derecho a ser oído es el objetivo del presente trabajo.

ABSTRACT

The right of the children to be heard and to have their opinion considered properly constitutes a legal mandate that forces family judges to gather their desires and feelings in a wide range of matters. Nevertheless, neither the Convention of Children's Rights nor Chilean national legislation establishes how to put in practice this right: Who should listen to them? From what age forward? In what type of matters? With or without the presence of their parents or other significant adults? These are some of the questions that arise from this subject. This work aims to present the results of an empirical study that investigated the forms in which the family judicature recovers the voice of the children, as well as the difficulties and challenges of the practical application of this right.

* Trabajo recibido el 27 de enero y aprobado el 5 de abril de 2011.

** Abogada de la Universidad Diego Portales; Magíster en Gestión y Políticas Públicas, Universidad de Chile; Profesora de Derecho Procesal, Universidad Diego Portales; alumna del Programa de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: macarena.vargas@udp.cl.

*** Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Directora y profesora del Departamento de Clínicas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; mediadora familiar y docente en el área de los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Correo electrónico: paula.correa@udp.cl.

*PALABRAS CLAVE**Niños, Participación, Justicia**KEY WORDS**Children, Participation, Justice*

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el sistema de administración de justicia chileno ha sido objeto de un profundo proceso de modernización. En materia de familia, el año 2004 se promulgó la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, la que entre otras innovaciones recoge algunos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención de Derechos del Niño ratificada por Chile en 1989.

Uno de ello es precisamente el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en todos los asuntos que puedan afectar su proyecto de vida futura. Este derecho se consagra como uno de los principios formativos de los nuevos procedimientos de familia y exige al juez tener como consideración primordial al momento de fallar tanto el Interés superior del niño como la opinión de éstos.

En las páginas que siguen se presenta parte de los resultados de una investigación empírica realizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y UNICEF, que tuvo como objetivo indagar sobre la aplicación y efectividad del derecho de los niños a ser oídos en la judicatura de familia. En otras palabras, buscó responder interrogantes como las que siguen: ¿cómo se aplica este derecho en los tribunales de familia? ¿Qué acciones toman los jueces para cumplir adecuadamente con el mandato de la Convención? ¿Cómo se operacionaliza este mandato en la práctica?

Para ello, se definieron como materias objeto del estudio casos de cuidado personal, relación directa y regular, violencia intrafamiliar y vulneración de derechos, y se diseñó una metodología que comprendió el acceso a fuentes primarias y secundarias de información. Dentro de las primeras se contempló la observación de audiencias en tribunales de familia y la realización de entrevistas en profundidad a 36 actores del sistema de justicia familiar (jueces, abogados, mediadores, consejeros técnicos y curadores *ad litem*) y a 12 padres, madres o adultos significativos de niños que hubiesen participado en un proceso judicial. Dentro de las fuentes secundarias se incluyó la revisión de 54 carpetas virtuales y la escucha de 21 audios de audiencias, material proveniente de juzgados de familia de la Región Metropolitana. Adicionalmente, se realizó un análisis de las estadísticas judiciales de las causas que involucran a niños, niñas y adolescentes, datos proporcionados por la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ).

Así, en la primera sección de este artículo se entregan algunos elementos conceptuales para determinar el sentido y alcance del derecho de los niños a ser oídos, para luego en la sección siguiente describir los mecanismos de recuperación de la voz de los niños y los factores que determinan su participación en los tribunales de familia en Chile. En la tercera parte se da cuenta de la construcción del Interés Superior del Niño y la aplicación de la Convención de Derechos del Niño en la práctica forense, para finalizar con un conjunto de conclusiones.

Por último, es preciso señalar que en lo que sigue de este trabajo utilizaremos la expresión genérica de niños para referirnos a los niños, niñas y adolescentes.

II. EL DERECHO DE LOS NIÑOS A SER OÍDOS Y A QUE SU OPINIÓN SEA DEBIDAMENTE TOMADA EN CUENTA

Tal vez una de las principales virtudes de la Convención de Derechos del Niño¹ (en adelante CDN) ha sido la de posicionar la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos. Esto significa considerarlos como sujetos de derechos humanos y civiles, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos, en función de su edad y madurez y de la salvaguarda de los derechos de sus padres y cuidadores.

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, consagrado en el artículo 12 de la CDN², es uno de los pilares fundamentales donde se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos.³ Constituye, por una parte, una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al

¹ Decreto Supremo N° 830, Relaciones Exteriores, Diario Oficial de 27/09/1990, que promulga la Convención sobre los Derechos del Niño.

² Artículo 12: 1. *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

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

³ En el caso chileno, el Mensaje Presidencial de la Ley 19.968 –junto con consignar la situación deficitaria de la justicia de menores en varios aspectos– hace expresa referencia a la necesidad de que en la nueva judicatura, “los niños en su relación con el sistema jurisdiccional sean tratados como sujeto de derechos que deben ser oídos y sus intereses especialmente considerados”. Para mayor información ver: Mensaje Presidencial Boletín N° 02118-18. Presentación a la Cámara de Diputados del proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia N° 19.968.

juez y al legislador y regula expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura.

Por otra parte –y aun cuando esta norma no lo señala en forma literal– este derecho se ha entendido también como un derecho de participación de los niños. La observación general N° 12 del Comité de los Derechos del Niño lo señala expresamente y postula que se trata de una participación que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo.⁴ Escuchar a los niños y facilitar su participación no debiera ser una dificultad extra, sino que una parte fundamental de un sistema que protege y reconoce efectivamente sus derechos.

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula estrechamente y debe ser interpretado en consonancia con otros dos importantes principios consagrados en la CDN constituyéndose en la práctica en elementos necesarios –sino indispensables– para su plena configuración en el caso concreto. Nos referimos al principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo tercero⁵ y el de la autonomía progresiva, recogido en el artículo quinto de la citada CDN⁶.

La delimitación conceptual del Interés Superior del Niño en principio no ha estado exenta de polémicas. Se trata de una noción cuyos contornos son de difícil precisión y que ha dado pie a múltiples definiciones doctrinarias y jurisprudenciales.⁷ Algunos sostienen que esta noción plantea dos problemas. Por

⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 51° período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, En: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc. [visitado el 20/12/2009].

⁵ Artículo 3: 1) *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 entenderá será el interés superior del niño.*

2) *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

3) *Los Estados Partes se asegurarán que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente.*

⁶ Artículo 5. *Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el Interés Superior del Niño es un principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances

una parte, un problema de indeterminación –no podemos saber cuál es el mejor interés de un niño ni siempre estar de acuerdo en los valores que importan– y, por otra, un problema cultural –los estándares de mejor interés no son iguales en las distintas culturas. El mejor interés es general y especulativo y requiere de una individualización caso a caso.⁸

No obstante las diferencias conceptuales que existen, este principio “no puede ser entendido como una mera fórmula paternalista, además indeterminada en su contenido”⁹, que justifique que las decisiones que afectan a los niños se tomen de acuerdo a las preferencias, los prejuicios o concepciones morales propias del juzgador.

En este punto y siguiendo a Cillero, consideramos que el contenido del principio son los mismos derechos de los niños: “... el interés superior del niño es, nada más y nada menos que la satisfacción integral de sus derechos”¹⁰. De modo tal que el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta por el juez resulta funcional a la construcción del Interés Superior. No es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle al niño la oportunidad de ser oído.

El derecho inglés a través de la *Children Act* de 1989 entrega luces acerca de cómo definir y llenar de contenido este principio rector de la CDN. Aun cuando esta legislación utiliza la noción de “bienestar del niño” y no de derechos, aporta interesantes elementos que ayudan a la configuración del Interés Superior en el caso concreto. Esta normativa señala que frente a disputas sobre la crianza de un niño o la administración de sus bienes, el bienestar del niño será la consideración primordial. Para su determinación, los jueces deberán tomar en cuenta, en particular, los deseos y sentimientos de los niños, junto con su estado

de la Convención sobre Derechos de los Niños”. Opinión Consultiva OC 17-02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, de 28 de agosto de 2002. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. [visitado el 04/12/2009]. Una de las primeras referencias al Interés Superior del Niño de parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede encontrarse en el Informe Anual de 1997, el cual señala que: “En todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (segunda edición). OEA/Ser.LV/II.133. Doc. 34. 29 de octubre de 2008.

⁸ THOMAS, Nigel; O’KAINE, Claire, “When children’s wishes and feelings clash with their ‘best interests’”, *International Journal on Children Rights*, Vol. 6, N° 2, 1998, p. 138.

⁹ COUSO, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del Niño* N°s. 3 y 4, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2006, p. 147.

¹⁰ CILLERO, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELLOF, Mary (Comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Ed. Temis/Ediciones Depalma, Bogotá/Buenos Aires, 1998, p. 84.

emocional, necesidades escolares, el efecto que el cambio de circunstancias pueda producir en su vida, su edad y sexo, entre otros elementos.¹¹

En esta línea, Thomas y O'Kaine advierten sobre la creencia –a propósito de planes de cuidado de niños en Inglaterra y Gales– de que los adultos saben mejor que los niños cuáles son los intereses de los niños y que los profesionales (asistentes sociales) deben saber mejor que sus “clientes” cuáles son los intereses de éstos. Señalan que hay evidencia que muestra que los niños pueden ser mejores jueces y más consistentes que los adultos para determinar lo que es importante en sus vidas.¹²

Por otra parte, la autonomía progresiva se refiere a la capacidad y facultad de niños para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente al derecho-deber de los padres o adultos responsables de dirección y orientación para el ejercicio de dichos derechos. Implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no ejercerlo.

Benito Alaez sostiene que uno de los elementos centrales del ejercicio de los derechos fundamentales es el ejercicio autónomo de los mismos por parte de los niños. Advierte, sin embargo, que los ordenamientos jurídicos permiten que los niños puedan ejercer sus derechos en forma autónoma (autoejercicio) o a través de representantes (heteroejercicio). Estas distinciones muestran la estrecha relación que existe entre la consideración del niño como sujeto de derechos y el proceso de protección del cual es beneficiario.¹³

Desde esta perspectiva, ¿cuándo el heteroejercicio debe dar paso al autoejercicio? O dicho de otro modo, “¿cuándo adquiere una persona la suficiente autonomía volitiva como para que predomine su autoprotección y quede relegada su heteroprotección?”.¹⁴

¹¹ *Children Act. Part I. Introductory. 1. Welfare of the child:*

(3) *In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to:*

(a) *the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);*

(b) *his physical, emotional and educational needs;*

(c) *the likely effect on him of any change in his circumstances;*

(d) *his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant;*

(e) *any harm which he has suffered or is at risk of suffering;*

(f) *how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs;*

(g) *the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.*

En: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/ukpga_19890041_en_2#pt1-l1g1. [visitado el 10/10/2009].

¹² THOMAS; O'KAINE, “When children’s”, cit. nota n. 8, p. 152.

¹³ ALAEZ, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 142.

¹⁴ ALAEZ, *Minoría*, cit. nota n. 13, p. 152.

Este autor sostiene que la autonomía progresiva –en sus palabras “la gradual autonomía volitiva del menor”¹⁵– debe analizarse a la luz de tres criterios: edad, capacidad de obrar y madurez, haciendo especial énfasis en este último. De modo tal, la capacidad del niño para ejercer sus derechos va creciendo en la medida que él se desarrolla, adquiriendo paulatinamente mayores niveles de autonomía y de autoprotección.

Algunos sostienen que definir cuándo un niño está en condiciones de ejercer esta facultad supone predeterminar una edad (o rangos de edades) para escuchar a los niños, determinación respecto de la cual ni la doctrina ni la práctica judicial es pacífica. En Argentina, por ejemplo, Weinberg señala que existen opiniones diversas entre los autores (10 años, 14 años o depende de cada situación concreta) y que muchos siguen el parámetro que da el Código Civil que establece la responsabilidad por los perjuicios a partir de los 10 años.¹⁶

Mary Ann Mason, a propósito de un estudio sobre el derecho de los niños a ser oídos en procesos de cuidado personal, distingue tres etapas en el desarrollo de los niños que pueden ayudar a dilucidar este tema:¹⁷

Adolescencia: Los jóvenes tienen el derecho a manifestar una preferencia a partir de los 14 años. Los operadores del sistema no debieran sólo oír la opinión de éstos, sino que “honrarla” y, a la inversa, sólo si se prueba que la preferencia expresada por el adolescente podría ser perjudicial para el mismo, desestimarla.

Preadolescentes (desde los 6 años hasta la adolescencia): Debiera contarse con especialistas para oír la voz del niño, especialistas capaces de separar su auténtica voz (de los niños) de las influencias, por ejemplo, de los padres.

Primera infancia: En esta etapa surge el problema de ¿cómo determinar el Interés Superior de niños muy pequeños? ¿Qué regla de custodia serviría mejor para proteger los derechos de los niños pequeños para expresar sus deseos y sentimientos? Al respecto, Mason sostiene que han existido dos corrientes, ambas con respaldo de expertos, una sostiene que la custodia debe quedar a cargo siempre de uno de los padres y otra que prefiere la custodia común o tuición compartida.

Consideramos que uno de los riesgos de establecer un rango fijo de edad para escuchar a los niños es la rigidización en la aplicación de estos parámetros, sin considerar que los niños tienen experiencias de vida y formas de expresarse distintas. No todos los niños son iguales, por ello hay que establecer estándares flexibles, que permitan a los operadores ponderar caso a caso las

¹⁵ ALAEZ, *Minoría*, cit. nota n. 13, p. 153.

¹⁶ WEINBERG, Inés M., *Convención sobre los Derechos del Niño*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 192-193.

¹⁷ MASON, Mary Ann, “¿Una voz para el Niño?”, *Revista de Derechos del Niño* N° 2, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2003, p. 115-137.

condiciones del habla de los niños en función de su edad, pero también de su madurez. Lo anterior nos conduce a la necesidad de fortalecer las competencias de los operadores del sistema para oír a los niños, especialmente a los más pequeños.

Por ello y siguiendo a Couso, consideramos que todo niño que esté en condiciones de decir algo relevante respecto de una decisión que le afectará está en condiciones de formarse una opinión.¹⁸ La expresión “decir” debe entenderse en un sentido más allá del “decir con palabras”, razón por la cual cobran importancia las competencias para “oír” de los operadores del sistema y los tiempos que se le den al niño para ello.

En este sentido, un estudio de campo realizado en el Reino Unido revela que los operadores utilizan diversas formas de “hacer contacto” con los niños. La forma de “hablar” con el niño depende de la edad. Con los más pequeños (*very young children*), el contacto consiste observar al niño y cómo se relaciona; con los del medio (*young children*) además de la observación, frecuentemente se juegan distintos tipos de juegos, algunos diseñados especialmente para ese propósito y, con los más grandes (*older children*), el contacto incluye “hablar”.¹⁹

Por otra parte, el artículo 12 de la CDN señala que se dará la oportunidad al niño de ser oído, “ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado”. La conjunción “o” que contiene esta norma da la posibilidad a los Estados de optar porque los niños sean escuchados a través de otras personas, razón por la cual se sostiene que para cumplir con el mandato de la CDN bastaría con un sistema de asistencia estatal que se hiciera cargo de recoger y transmitir la opinión del niño.

Por otra parte, la aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada se entronca también con el derecho al debido proceso. Uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, entendido por la doctrina como la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y pruebas.²⁰ Se encuentra expresamente consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 8º, que se refiere a las garantías judiciales y en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las normas sobre garantías judiciales

¹⁸ COUSO, “El niño como sujeto”, cit. nota n. 9, p. 153.

¹⁹ MANTLE, Greg; LESLIE, Jane; PARSON, Sarah; PLENTY, Jackie; SCHAFER, Ray, *Establishing children's wishes and feelings for family court reports. The significance attached to the age of the child*. En: <http://www://chd.sagepub.com> at Universiteitsbibliotheek Leiden [visitado el 10/05/2009].

²⁰ CAROCA, Álex, *Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal*, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial- CPU, Santiago, 1997, pp. 80-90.

o debido proceso no sólo deben aplicarse en los procesos judiciales, sino que en todo otro proceso que siga el Estado o esté bajo su supervisión.

El derecho a la defensa puede ejercerse en forma directa por la parte afectada, lo que ocurre en los casos en que la ley habilita a las partes a comparecer personalmente sin el patrocinio de un abogado (autodefensa o defensa directa). Pero también puede ejercerse a través de la llamada defensa técnica o letrada a cargo de un profesional experto y de confianza elegido por las partes. Esta modalidad es la que constituye la regla general en nuestro derecho a la luz de la Ley 18.120.²¹

Dado que el derecho a la defensa es una garantía de rango constitucional alcanza también a los niños en su calidad de personas. Un niño no puede estar ajeno a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, que son parte constitutiva e inescindible del derecho a la defensa. En estos casos, adquiere una especial connotación y se materializa a través del derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta. Contiene además una doble dimensión, por una parte, el derecho personal del niño de ser escuchado y el deber correlativo del juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando se pueda ver afectado en sus derechos por medio de un pronunciamiento judicial.

El derecho comparado nos muestra una diversidad de modelos de defensa jurídica y de representación especial de niños y adolescentes.²² En Estados Unidos, por ejemplo, existen cuatro modalidades distintas:

Guardián ad litem abogado: Consiste en la designación de un abogado que representa el Interés Superior del Niño.

Guardián ad litem no abogado: Es similar al anterior, pero como su nombre lo indica este representante no es abogado.

Conjunción entre guardián ad litem abogado y abogado tradicional: Se designa siempre un guardián que actúa como tal y, en casos excepcionales, se designa además a un abogado tradicional que representa el interés manifiesto del niño.

Abogado tradicional: Aquel profesional que representa los intereses manifiestos del niño y se ciñe a sus instrucciones.

En Australia, en general, el defensor actúa de acuerdo a las instrucciones del niño y, en algunos estados, el representante debe ser asesorado por un trabajador social para identificar su interés superior. En Inglaterra, existe un

²¹ Ley 18.120 establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales, publicada en el Diario Oficial el 18 de mayo 1982.

²² VILLAVICENCIO, Luis; MILLÁN, Patricio, "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", *Revista de Derechos del Niño* N° 1, Universidad Diego Portales/ UNICEF, Santiago, pp. 41-91.

sistema mixto: guardián *ad litem* (trabajador social) y abogado (*solicitor*) que por regla general recibe instrucciones del guardián o del menor, si este último tiene suficiente edad y madurez.

Una modalidad completamente distinta es la del estado de Québec en Canadá, toda vez que existe un sistema de carácter más bien administrativo, en el que prima la voluntariedad de los afectados para la aplicación de medidas de protección a cargo de la instancia administrativa. En los acuerdos para aplicar medidas de protección siempre se requiere el consentimiento del menor si tiene más de 14 años y éste tiene derecho a consultar a un abogado. Si no existe acuerdo, se pide un pronunciamiento al tribunal. Conforme a la ley, los niños y adolescentes siempre, tanto en sede administrativa como judicial, tienen el derecho a ser representados por un abogado.

Según Villavicencio y Millán, en virtud del principio de Autonomía Progresiva, a partir de una cierta edad (distinción entre niños y adolescentes), los niños están capacitados para tener abogado propio y tener con él una relación profesional de confidencialidad y lealtad.²³

Este enfoque es precisamente el que recoge la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, la que establece el derecho de los niños a tener información pertinente, a ser consultados y emitir su opinión, a ser informados de las consecuencias de la puesta en práctica de su opinión y de toda decisión, así como el derecho a ser asistidos por una persona a su elección para expresar sus puntos de vista, nombrar su representante y ejercer todos o algunos derechos propios de las partes en los procedimientos en que se vean involucrados.²⁴

En esta línea, Julio Maier postula que los niños tienen derecho a ser oídos, a preparar su defensa y a ofrecer resistencia a la posible decisión restrictiva de sus derechos. Sostiene que no existe ninguna norma que impida instruir a los niños

²³ VILLAVICENCIO; MILLÁN, "La representación", cit. nota n. 22, pp. 41-91.

²⁴ Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños aprobada por el Consejo de Europa el 25 de enero de 1996. *Article 3 - Right to be informed and to express his or her views in proceedings* : "A child considered by internal law as having sufficient understanding, in the case of proceedings before a judicial authority affecting him or her, shall be granted, and shall be entitled to request, the following rights: to receive all relevant information; to be consulted and express his or her views; to be informed of the possible consequences of compliance with these views and the possible consequences of any decision".

Article 5 - Other possible procedural rights: Parties shall consider granting children additional procedural rights in relation to proceedings before a judicial authority affecting them, in particular: the right to apply to be assisted by an appropriate person of their choice in order to help them express their views; the right to apply themselves, or through other persons or bodies, for the appointment of a separate representative, in appropriate cases a lawyer; the right to appoint their own representative; the right to exercise some or all of the rights of parties to such proceedings.

sobre el derecho al recurso que los asiste y que consagran las convenciones de derechos humanos, como la propia CDN.²⁵

Así, el derecho a la defensa de un niño no se satisface sólo con el hecho de oír al niño una o más veces y consultarle sobre ciertas alternativas predefinidas, sino que exige que el niño pueda participar activamente en la construcción del caso. Esta idea nos reconduce a la noción del derecho a ser oído como un derecho de participación y, como tal, como un proceso con permanencia en el tiempo, que conlleva intercambio de información y diálogo con el niño para y sobre la toma de decisiones.²⁶

III. LA VOZ DE LOS NIÑOS EN LA JUSTICIA DE FAMILIA. MECANISMOS DE RECUPERACIÓN Y FACTORES DETERMINANTES

Uno de los primeros hallazgos encontrados nos permite afirmar que la participación de los niños –entendida como un proceso permanente– es muy baja. Creemos que ello se explica porque, desde una perspectiva procesal, en los juicios de familia los niños carecen de la calidad de parte, la que por lo general es detentada por padres, madres, abuelos, tíos o representantes de organismos públicos o privados, entre otros. De este modo, los adultos tienen un rol protagónico, mientras los niños –cuando participan de alguna manera en el proceso– tienen papel secundario y accesorio, salvo algunas escasas excepciones.

1. Mecanismos de recuperación de la voz de los niños

De acuerdo a la información recabada, además de la representación por sus padres o adultos significativos, la participación de los niños parece reducirse a las siguientes alternativas: audiencia reservada, peritajes e informes diagnósticos, curador *ad litem* y una cuarta forma que más adelante se detalla.

1.1. Audiencia reservada

El nombre que se utiliza para identificar a esta actuación depende de cada tribunal, en algunos casos se la denomina como audiencia confidencial, en otras como audiencia especial con niños, aunque en la mayoría de las fuentes consultadas prevalece la noción de audiencia reservada.

En la práctica, se trata de actuación procesal que tiene un objetivo acotado y, que por lo general, está vinculada a otras actuaciones predefinidas por la ley. Normalmente, se efectúa por una sola vez en forma aislada y no habilita al niño

²⁵ MAIER, Julio, “Los Niños Como Titulares del Derecho al Debido Proceso”, *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, 2000.

²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, cit. nota n. 4, p. 5.

a realizar ningún tipo de gestión en el proceso, como por ejemplo, presentar pruebas, impugnar resoluciones, solicitar cautelares, etc.

En general, se escucha a los niños con ocasión de la audiencia preparatoria o de juicio, antes o durante su realización y en un breve lapso de tiempo (10 a 15 minutos). Esta actuación se realiza principalmente en la sala de audiencia, en un ambiente formal y solemne diseñado para el litigio, que a nuestro juicio en nada contribuye a generar una atmósfera de confianza para entablar un diálogo con niños.

Otro elemento que caracteriza este mecanismo dice relación con la falta de claridad de los operadores sobre los objetivos de la audiencia reservada. A juzgar por los audios revisados, se pudo constatar distintas aproximaciones de los jueces para enfrentar esta audiencia. Algunos dan a esta actuación el formato de un interrogatorio más que de un diálogo, haciendo al niño preguntas cerradas y abiertamente sugestivas.

En efecto, en algunos casos de cuidado personal se observó que en la audiencia reservada se insta a los niños a evaluar las habilidades parentales de quienes los rodean más que a expresar sus deseos y sentimientos, sin el resguardo psicológico necesario. En el caso que sigue, se ilustra la experiencia de una adolescente de 13 años, que principalmente ha vivido en distintos hogares y debe enfrentar a su madre en el juicio. La madre ha sido demandada por los actuales guardadores, quienes buscan se les conceda a ellos legalmente el cuidado personal de la niña.

“Magistrado: Ehhh, entonces la vamos a hacer pasar y ustedes van a salir para que el tribunal tenga una audiencia con ella por favor, ¿tu nombre completo por favor?”

Niña: Me llamo PIMG

Magistrado: ¿Tu edad?

Niña: 13 años

Magistrado: ¿Dónde vives?

Niña: En la comuna de Independencia, Araucarias XXX

Magistrado: ¿Con quién vives?

Niña: Con mis papás, la ME y AG

Magistrado: ¿Pero ellos no son tus papás biológicos?

Niña: No, pero yo le digo papás

Magistrado: ¿Tú vives con ellos?

Niña: Sí

Magistrado: ¿Hace cuánto tiempo?

Niña: Ehhh, septiembre a finales de septiembre del 2005

Magistrado: ¿Y a tus padres biológicos los conoces?

Niña: No, solamente recién

Magistrado: ¿A quién?

Niña: A la que estaba sentada ahí, a Mónica”.

Audiencia privada, cuidado personal niña 13 años.

Otros utilizan esta actuación como si se tratara de una sesión de orientación o consejería, informando a los niños acerca de lo que sucederá en el proceso, aconsejándolos sobre cómo comportarse en el futuro o sobre cómo llevar adelante la relación con sus padres o adultos significativos. Los niños dejan de ser entrevistados y pasan a ser receptores del mensaje del juez, que en su calidad de autoridad los orienta (o incluso los reta) respecto de la relación con su padre, madre o familia. Por lo general, a través de ese mensaje se busca que el niño modifique en algo las preferencias o intereses manifestados durante la entrevista.

“Jueza: Soy regalón... ¿Ah? Oye XXX, ¿y a ti te preocupa que en el fondo si tú vas donde el papá que la mamá se quede sola?

Niño: ¿Ah?

Jueza: ¿Te da como lata eso o no, cuando vai a ver al papá que la mamá se quede solita? Por eso te da lata ir donde el papá. ¿Ah? Pero la mamá también tiene más familia po, tú sabes que la mamá no se siente mal si tú vas donde el papá, la mamá dijo que no tenía ningún problema en que tú fueras donde el papá, siempre que tú quisieras. ¿Qué te parece eso, te tranquiliza o no?

Niño: No sé...

Jueza: Además que cuando tú vas donde el papá, la mamá por ejemplo puede ir ese día a la peluquería, puede hacer las cosas que no puede hacer cuando tú estás en la casa, a veces quiere hacer un aseo más profundo, quiere ordenar los closet, quiere ir a ver una amiga, necesita ir al supermercado, tiene hartas cosas que hacer la mamá cuando tú no estás en la casa. ¿O no? ¿Sí? Así que no te tienes que preocupar por eso, porque la mamá tiene que ocupar su tiempo, y a lo mejor a veces deja de hacer algunas cosas pa’ estar contigo, pa’ aprovechar de disfrutar contigo, pero todas las mamás tenemos tantas cosas que hacer, que a veces sí a uno le dijeran o el Rodrigo o su hija esta súper bien acá, esta súper entretenida, uno aprovecha ese rato para hacer otras cosas, así que tienes que estar tranquilito porque cuando tú vas a ver al papá no dejas de querer a la mamá, y la mamá no piensa eso. ¿Te gustaría probar ir a dormir un fin de semana donde el papá?

Niño: Eh, no sé...

Jueza: Por ejemplo, una vez al mes, una vez al mes po. Así pa’ que, pa’ que tú veas si te gusta o no te gusta. ¿Te gustaría probar o no?

Niño: Mmm, sí...”

Audiencia reservada, relación directa y regular, niño de 9 años.

De acuerdo a los audios revisados, se pudo constatar que sólo algunos jueces hacen de esta audiencia una instancia de conversación que permita recoger la opinión del niño y conocer sus sentimientos, deseos y preferencias. En ese contexto, la entrevista adquiere un carácter de diálogo, en el que se pide a los niños que expresen libremente su opinión. El papel de juez y del consejero técnico es escuchar al niño, comprender lo que dice y, todo indica que éstos intentan buscar alternativas que permitan hacer coincidir la sentencia con los intereses que el niño ha manifestado.

“Jueza: Y ¿qué piensas tú de toda esta situación?, ¿qué es lo que tú quisieras?

Niña: A mí me afecta ir... que no ir... porque yo estoy tranquila en mi casa, yo no salgo a ninguna parte, porque mi mamá es demasiado sobreprotectora conmigo y a mí me gusta estar en mi casa... me gusta ir al mall de repente o ir al persa...

Jueza: Pero eso podrías hacerlo con tu papá...

Niña: Sí, pero es que a mí no me gusta hacerlo con él".

Audiencia reservada, régimen comunicacional, niña de 13 años.

Por otra parte, cabe señalar que en la práctica esta actuación está rodeada de algunas medidas y condiciones que apuntan a la "protección" del niño. Los jueces consideran que la publicidad de la audiencia o de sus registros (audios) pugna con el derecho a la intimidad de los niños y los expone a situaciones de manipulación y/o sanción posterior por parte de sus padres o cuidadores. Advertimos aquí un nudo central: ¿cómo resguardar el derecho a la libertad de expresión e intimidad de los niños y a la vez, generar las condiciones para que haya evidencia del peso que se le dio a la opinión entregada en el marco de una audiencia reservada?

Lo anterior –sumado a la carencia de competencias adecuadas para recoger la voz de los niños, cuestión que los propios jueces reconocen– ha significado que algunos de ellos opten derechamente por no oír a los niños o que lo hagan en forma indirecta, esto es, a través de otros profesionales, como consejeros técnicos o peritos.

"... muchas veces yo no hago audiencias a niños, si no que tomo en cuenta el interés del niño a partir de la opinión que me da la consejera técnica de lo que el niño le dijo a ella".

Jueza de familia, Santiago.

Se advierte que los problemas de infraestructura, de tiempos y de capacitación de los operadores generan que en la práctica se tienda a restringir el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos. A ello se suma la falta de evidencia sobre el escaso impacto de sus relatos en la decisión final del caso. De lo revisado es posible concluir que la opinión del niño es rara vez recogida en los fallos de los jueces, y en los casos en que se refieren a ella no se entrega información acerca de su contenido y el peso que se confirió.

Por otra parte, cabe señalar que si bien la ley de tribunales de familia contempla la participación de los consejeros técnicos en estas actuaciones, de acuerdo a la información recogida en los audios y carpetas ellos tienen un papel secundario. Habitualmente, no formulan preguntas en forma directa o sólo lo hacen a requerimiento del juez y al final de esta actuación.

Por su parte, la mayoría de los consejeros técnicos entrevistados relata estar conforme con su participación en estas audiencias, especialmente en los casos en que trabajan en forma horizontal con el juez –en las palabras de un entrevistado como "co-entrevistador"– porque consideran que se valora su trabajo:

“Se valida de alguna forma lo que uno habla, los comentarios, en términos técnicos”.

Consejera técnica, Santiago.

Otros, pese a mostrarse conformes con su participación, consideran que deben realizarse algunas mejoras al sistema, como por ejemplo, destinar más tiempo a estas audiencias y definir criterios comunes para llevarlas a cabo.

“Me gustaría que los jueces uniformaran criterios porque ahora estamos ‘volantes’ y trabajamos con distintos jueces en varias salas. Entonces uno tiene que improvisar, porque no puede preparar las audiencias de todas las salas”.

Consejera técnica, Santiago.

Una cuestión que se pudo constatar a través de la observación de audiencias fue el desarrollo de una práctica bastante generalizada en los tribunales de familia, consistente en entrevistas privadas y previas a las audiencias entre los consejeros técnicos y las partes o entre los primeros y los niños, de lo cual no queda registro. Esta situación podría explicar el grado de intervención menor de estos funcionarios que se observa en las audiencias.

Sin embargo, se advierte un riesgo de estas prácticas. Dado que el material obtenido por los consejeros técnicos en estas entrevistas privadas (y fuera de audiencia) no forma parte del juicio, no es posible saber qué se hace con la información recogida, si es transmitida al juez y de qué forma y, por último, no se sabe si el juez utiliza o no esa información al momento de fallar.

1.2. Peritajes e informes diagnósticos

En segundo lugar, los jueces de familia recuperan la voz de los niños a través de peritajes o informes diagnósticos (informes de daño, según la psicología forense) realizados por profesionales de la red del sistema de justicia, tal como se aprecia en el siguiente extracto.

“Las sesiones y los test administrados, permiten describir a Joaquín como a un niño inteligente, agradable en el trato, inseguro, cambiante en su disposición, a veces tímido y otras alegre. Está tenso, expresando en una de las entrevistas espontáneamente ‘No me acuerdo qué tenía que decirle’, lo que permite deducir que ha estado presionado, lo que (...) el objetivo de ayuda al niño, quien se siente en conflicto de lealtad entre sus padres, temiendo ser criticado o castigado si dice algo que moleste a su mamá, con quien asiste, o hiera a su papá”.

Informe psicosocial, cuidado personal, niño 9 años.

Algunos abogados entrevistados confirman esta práctica en los tribunales de familia de Santiago, como se advierte de la siguiente cita:

“Entonces a mí, al menos cuando yo comencé, a mí me dio la impresión que era como el auge del tema de que el niño fuese oído, cumplir con este mandato, etc. Pero hoy día, los tribunales prefieren delegar esta función en los informes psicológicos o sociales finalmente”.

Abogada de familia, Santiago.

Se trata, sin duda, de una “voz mediada” por terceros, pues el profesional traduce o interpreta lo que los niños dicen, piensan o quieren. Sin embargo, no es posible saber nada acerca de la calidad de esa “mediación” –qué se recoge, qué se deja de lado, cómo se enfoca la entrevista, etc.–, porque ello es oscuro al análisis realizado.

Sin perjuicio de lo anterior, constatamos que algunos jueces, consejeros técnicos y abogados de familia, consideran que estos informes sirven –incluso más que la audiencia reservada– para conocer los deseos y sentimientos de los niños, especialmente si se trata de niños pequeños.

“Y también lo que hago es que oigo al niño a través de la pericia que se le practica al niño, donde se le pregunta por el perito su interés o no, cómo visualiza a sus padres o a quienes reconoce como sus verdaderos protectores”.

Juez de familia, San Miguel.

Fundan esta práctica principalmente en las mejores condiciones de escucha por la preparación de los profesionales a cargo y los tiempos involucrados, pero muy pocos entrevistados repararon en que el objetivo de los informes periciales o de diagnóstico no es recoger los deseos y sentimientos de los niños. Bien sabemos que las pericias son medios de pruebas, cuya finalidad es aportar información experta al juez acerca de los hechos, sucesos o personas involucradas en el caso. Se trata de evaluaciones técnicas formuladas por una persona que tiene conocimientos en una determinada ciencia o arte, quien luego debe emitir un informe ante el juez.

Algo similar ocurre con los informes de daño, los cuales están contruidos sobre la base de la lógica diagnóstica, es decir, dan cuenta del funcionamiento de las distintas áreas de desarrollo de un niño, pero no buscan conocer su interés manifiesto.

No obstante, cabe señalar que algunos jueces consideran que los informes periciales o diagnósticos no aportan mucho y que hay que distinguir de dónde vienen para analizar su grado de “imparcialidad”.

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

Jueza de familia, Santiago.

1.3. El curador *ad litem*

Se pudo detectar que la figura del curador *ad litem* creada por la Ley 19.968 opera –aunque con bajísima incidencia– como mecanismo de recuperación de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derechos. Sin embargo, no pudimos detectar los criterios que utilizan los jueces para su designación, pues no consta en audios ni en actas de audiencias las razones de ello.

En general, los jueces y consejeros técnicos entrevistados consideran que se trata de profesionales con vocación, pero por limitaciones institucionales y de tiempo no cumplirían adecuadamente su rol.

“A ver, yo creo que el problema del curador ad-litem, es una buena figura, el tema es que la Corporación de Asistencia Judicial no tiene experiencia en el curador ad-litem, en el defensor del niño, entonces hemos encontrado buenos curadores, hemos encontrado curadores más o menos ...”.

Jueza de familia, Santiago.

Los propios curadores advierten algunas dificultades para desempeñar su función, como por ejemplo, en el acceso a los niños o en algunos aspectos prácticos para desarrollar su labor. Todos los curadores entrevistados manifestaron que tratan de reunirse privadamente (y más de una vez) con los niños que van a representar, sin embargo, relatan que esto no siempre es posible. Ello, porque son los padres o adultos significativos quienes deben facilitar el contacto y muchas veces lo obstaculizan o derechamente lo niegan.

“En definitiva, va a quedar sujeto a la voluntad de la mamá o del papá”.
Curadora ad litem, Santiago.

Además, algunos aducen dificultades prácticas, como problemas de distancias y tiempo para encontrarse con los niños en forma previa. Indican que si no es posible entrevistar a los niños con anticipación, lo hacen antes de la audiencia.

“Generalmente, si no se logra eso, y efectivamente llegan a tribunal, la instancia (para entrevistarlos) es previo a la audiencia”.
Curador ad litem, Santiago.

Con todo, ellos sostienen que los niños se sienten respaldados (*“tengo mi abogado”*), lo que es valorado positivamente.

Consideramos que esta figura tiene un interesante potencial que parece estar desaprovechado por problemas institucionales. Dado que la ley no entrega pistas acerca del modelo adoptado –si se trata de un guardián *ad litem*, de un abogado que representa el Interés Superior del Niño o de un abogado del niño–, existe un amplio margen de acción que permitiría explorar la aplicación de un modelo de defensa jurídica y de representación especial de los niños, otorgándoles mayores grados de participación en las distintas etapas del proceso.²⁷

1.4. La “no participación”

Por último, además de los tres mecanismos de participación antes descritos, nos atrevemos a señalar una cuarta forma: la “no participación”. Correspondería

²⁷ VILLAVICENCIO; MILLÁN, “La representación”, cit. nota n. 22, pp. 41-91.

a aquellas situaciones en las que la voz del niño no se recupera ni en forma directa a través de la audiencia reservada ni en forma indirecta por medio de peritajes, informes diagnósticos y/o la representación de sus derechos a través de un curador *ad litem*, sino que por los dichos de terceros.

Nos referimos a aquellos casos en que los adultos hablan “en nombre” del niño, interpretan sus deseos, intereses, temores y expectativas. En general, ello se traduce en lo que los adultos “creen que el niño quiere” o “creen que es mejor para él”, pero que puede no coincidir con el interés manifiesto de los niños. Esto sucede no sólo a través de la intervención de las partes y sus abogados, que sería la hipótesis más común, sino que también en algunos casos a través de los testigos de éstas, quienes no hacen sino replicar los argumentos de las partes.

Consideramos que la baja participación de los niños y la nula voz que es visible puede explicarse, entre otras razones, por la naturaleza de las materias que les dieron origen, lo que sucede principalmente en casos de relación directa y regular, cuidado personal y algunos de violencia intrafamiliar. En otras palabras, el niño no es considerado como “protagonista”, sino como uno entre varios otros elementos que componen el litigio de los adultos y sólo son mencionados como un “dato” de la causa.

2. Factores que determinan la participación de los niños

Nos preguntamos también por los criterios utilizados por los jueces para determinar en qué casos oír (o no) a un niño en el marco de un proceso judicial. Nos encontramos con tres grandes criterios que parecen incidir en esta definición: la materia sobre la cual versa la causa, la edad de los niños y la forma de término del caso.

Pudimos constatar, sin embargo, que no existen criterios uniformes entre los jueces ni protocolos estandarizados que establezcan dichos criterios, todo indica que éstos son apreciados por los jueces de familia en forma personal caso a caso. Veamos cada uno de ellos.

2.1. Materia sobre la que versa la causa

En aquellos casos en los cuales los “protagonistas” (las partes procesalmente hablando) son los adultos, como por ejemplo, cuidado personal, relación directa y regular y en la gran mayoría de los casos de violencia intrafamiliar²⁸, la participación de los niños es muy reducida. No fue posible visibilizar su voz e incluso en algunos casos no fue posible ni siquiera

²⁸ Pudimos constatar que los casos de violencia contra niños, niñas y adolescentes (maltrato infantil) ingresan al sistema principalmente como medidas de protección por vulneración de derechos y no como violencia intrafamiliar, lo cual fue corroborado en las entrevistas con jueces y consejeros técnicos.

encontrar los datos mínimos de identificación de los niños (nombre, edad o sexo), sólo se los reconoce como los “menores” o los “hijos”.

Los resultados sugieren que cuando los niños participan en este tipo de causas lo hacen de un modo indirecto. Su voz no es recuperada de primera fuente, sino que a través de los relatos de terceros, ya sea a través de informes periciales, diagnósticos o los dichos de las partes.

Por el contrario, los niños participan en forma más activa en aquellas materias en que son parte del proceso en tanto víctimas, lo que ocurre primordialmente en casos de vulneración de derechos. En estos casos asisten a las audiencias y en algunas ocasiones se les asigna un curador *ad litem*. Algo similar podría ocurrir en casos de violencia intrafamiliar si ellos fueran las víctimas de los hechos denunciados, sin embargo, ninguna de las fuentes consultadas arrojó este tipo de casos.

Con todo, pudimos detectar participación de niños en calidad de testigos de una de las partes, principalmente de jóvenes varones que declaran a favor de sus madres víctimas de violencia intrafamiliar.

2.2. Edad de los niños

La participación de los niños también está fuertemente determinada por su edad. Los resultados muestran que el criterio predominante tiende a ser la edad, más que una combinación de edad y madurez, como postulan los expertos.

Si bien no hay rangos ni edades prefijadas, se advierte que los niños pequeños (menores de 5 años) son rara vez oídos en juicio. La escucha se sitúa desde los 6 ó 7 años en adelante y, a juzgar por los audios, con una fuerte presencia de niños de entre 10 a 14 años.

Consideramos que la concentración de un mayor número de casos en dicho rango intermedio de edad es porque permite visualizar la importancia que le otorgan los actores del sistema a la edad del niño para determinar y justificar la necesidad de escucharlos. Por ejemplo, se verifican dichos –frecuentemente de los jueces– donde la decisión de escuchar o no a un niño se define en razón de su edad: “porque éste tiene edad suficiente para ser oído”. Así, se desprende de los siguientes ejemplos:

“Ya, pero tenemos que escuchar también la opinión del niño, porque el niño tiene 13 años de edad”.

Juez, audiencia preparatoria, cuidado personal, niño de 13 años.

“...audiencia especial para mañana a las 8:30 de la mañana, pero una audiencia a la niña, queremos escuchar a la niña, como tiene casi 6 años de edad, quiero que se entreviste conmigo y con una consejera técnica”.

Juez, audiencia preparatoria, cuidado personal, niña de 5 años.

Por otra parte, la concentración en el rango intermedio de edad (entre 10 y 14 años) podría mostrar un mayor nivel de aprehensiones de parte de los jueces a la hora de escuchar a niños más pequeños (principalmente aquellos bajo los 5 años). Pareciera ser que mientras menos edad tenga el niño, más difícil es para los actores incluirlos e interactuar con ellos en un contexto judicial, cuestión además que se trata de evitar. En efecto, las entrevistas realizadas dan cuenta de que algunos jueces intentan proteger a los niños de los riesgos de una posible manipulación y/o sanción de parte de los padres o quienes tienen a cargo su cuidado. Por ello en el caso de los más pequeños, frecuentemente, los portadores de su voz son los adultos, ya sean parientes, peritos o profesionales del sistema.

En los casos de vulneración de derechos se advierte una situación diversa: a mayor edad, mayor participación. Los más grandes (15 a 18 años) hacen las denuncias, asisten a las audiencias, son oídos por el juez y, en algunas ocasiones, como ya se ha mencionado, se les asigna un curador *ad litem*. No ocurre lo mismo con los niños más pequeños (0 a 9 años), cuya voz –al igual que en el resto de las materias estudiadas– tiende a estar ausente en todo el proceso y es traducida y/o interpretada por adultos.

Por último, no deja de llamar la atención la total ausencia de adolescentes (15 y 18 años) en casos de cuidado personal. Esto podría explicarse porque a medida que los niños crecen, la definición del cuidado parece menos apremiante (probablemente, ya se ha establecido algún sistema) o porque se han utilizado otras vías fuera del sistema judicial (mediación, avenimiento, transacción), siendo incierto si en cualquiera de estas dos hipótesis se incluyen (o no) la intervención directa de los niños.

Preguntados los padres y madres sobre el punto, la mayoría concuerda en que el criterio para determinar la participación de los niños debiera ser una combinación entre madurez y edad. Ambos aspectos debieran ser evaluados en forma conjunta y equilibrada y por expertos (de preferencia psicólogos), sin dar más peso a la edad de los niños. En este contexto, resulta interesante lo señalado por uno de los padres entrevistados.

*“Un niño que va al colegio o al jardín, que sabe hablar, ya sabe expresarse, un niño independiente de la edad, se puede expresar”.
Padre, relación directa y regular.*

2.3. Forma de término del caso

La participación de los niños también depende de la forma en que el caso termina, especialmente de la capacidad de los adultos de llegar a acuerdos. Si éstos se alcanzan, los niños tienden a estar ausentes del proceso. Si los conflictos son más profundos y el acuerdo no es factible, su participación tiene más

posibilidades de materializarse. Esta tendencia se advierte con más fuerza en los casos de relación directa y regular.

Los casos revisados en esta materia se caracterizan por la intención de buscar un acuerdo entre las partes. A partir de los audios revisados es posible afirmar que si no se logra un acuerdo se toma la decisión de citar al niño para que sea oído en audiencia, como se aprecia en los siguientes casos.

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

Audiencia de incidente, relación directa y regular, niña de 13 años.

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

Audiencia reservada, relación directa y regular, niño de 11 años.

Por el contrario, si los adultos llegan a un acuerdo, el niño no es escuchado personalmente en audiencia alguna. A continuación se presenta un ejemplo que ilustran esta idea. En este caso, las partes llegan a un acuerdo total y la niña involucrada no es escuchada (de hecho, posteriormente, se genera un conflicto de incumplimiento porque la niña no quiere ver a su padre).

“Jueza: Bien, por razones de economía procesal y puesto que hubo una conversación previa con las partes de por lo menos unos veinte minutos antes de la audiencia, también nos contribuyó la consejera técnica doña XXX, ustedes han llegado a un acuerdo por lo que yo voy a proceder a dictar el acta... [...] para los efectos del acta esta se produce en los siguientes términos:

[...]

Jueza: Está de acuerdo don XXX...?

Padre (demandante): Sí

Jueza: Está de acuerdo la señora XXX...?

Madre (demandada): Sí

Jueza: Bien, entonces ahora lo voy a aprobar y ya tendría el carácter de sentencia la aprobación. El tribunal tiene por aprobado para todos sus efectos legales y en lo que fuere de derecho el acuerdo sobre régimen relacional precedente, con el carácter de sentencia definitiva para todo efecto legal...”.

Audiencia preparatoria, relación directa y regular, niña de 13 años.

Como es dable imaginar, este criterio no es aplicable en procesos de mediación familiar. Los mediadores entrevistados señalan que –por distintas razones– escuchan a los niños en menor proporción de lo que quisieran, pero consideran fundamental conocer su opinión y transmitirla (“devolverla”) luego a los padres o adultos significativos, para que tomen una decisión que considere los intereses y necesidades de los niños involucrados.

A juicio de un mediador, la escasa escucha a los niños obedece a dos grandes factores. Por una parte, a los desincentivos que genera la forma de pago del sistema licitado por el Estado que administra el Ministerio de Justicia y, por otra, por la falta de herramientas de los mediadores.

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

Ahora bien y a la luz de las estadísticas judiciales revisadas, muestran que un alto porcentaje de causas de relación directa y regular terminan a través de acuerdos entre las partes. Tal como se aprecia en la siguiente tabla, el porcentaje de causas finalizadas por medio de transacción y avenimiento (lo que para efectos de este estudio hemos denominado como formas colaborativas) alcanza a un 18.4%, las terminadas por conciliación a un 22.6% y por mediación, a un 3.8%.

Porcentaje de causas de “Relación Directa y Regular” terminadas anualmente, según tipo de término. Período 2005-2008					
	2005	2006	2007	2008	TOTAL
Decisión de las partes	12,3%	24,5%	28,8%	36,9%	31,2%
Conciliación	24,3%	17,2%	24,8%	23,9%	22,6%
Formas colaborativas (transacción y avenimiento)	31,5%	25,3%	19,4%	13,9%	18,4%
Sentencia	22,1%	13,9%	10,2%	11,6%	11,9%
Tribunal no da inicio al proceso	4,0%	4,1%	5,4%	5,6%	5,2%
Mediación		3,2%	4,5%	3,7%	3,8%
Acumulación	1,1%	6,5%	4,0%	1,8%	3,5%
Incompetencia	4,7%	5,4%	3,0%	2,7%	3,4%
En tramitación				0,0%	0,0%
Demanda				0,0%	0,0%
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por la CAPJ.

IV. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DEL NIÑO Y LA CONSTRUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR EN EL CASO CONCRETO

A la luz de las carpetas revisadas, la Convención de los Derechos del Niño es mencionada, pero su uso es más bien formal y abstracto, tal como se aprecia en el siguiente extracto.

"Por estas consideraciones y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 9 de la Convención de los Derechos del Niño, 229 del Código civil, 48 bis de la Ley 16.618 y artículo 22 de la Ley 19.968, y sin perjuicio de lo que pueda resolverse en definitiva con mejores y mayores antecedentes, se declara que: ..."

Sentencia, cuidado personal, niño sin registro de edad.

Por su parte, la revisión de los 21 audios escuchados muestra que sólo en uno de ellos se hace mención a la CDN en la lectura de la demanda en la audiencia preparatoria. No hay indicios de su invocación en las sentencias dictadas.

Algo similar ocurre con el principio del Interés Superior del Niño. Aunque su uso es relativamente más frecuente, las referencias a éste son también muy escasas. No obstante, los audios muestran una mayor aplicación de este principio en casos de vulneración de derechos, donde aparece como uno de los argumentos a partir del cual se justifican ciertas decisiones del juez y determinadas solicitudes de las partes.

No fue posible, sin embargo, ahondar en los elementos que los jueces consideran a la hora de construir el Interés Superior del Niño. Las entrevistas a los jueces muestran la existencia de factores no objetivables e intuitivos que ellos manejan a discreción y que no quedan explicitados. Un par de jueces refiere como un problema la falta de conceptualización del Interés Superior y consideran por tanto que este principio *"puede ser un cliché, puede ser todo o nada, puede ser una frase hueca"*. En este punto concuerdan abogados y curadores *ad litem*, como se desprende de las siguientes opiniones:

"El vocablo lo vas a encontrar muchas veces, vas a encontrar muchas veces en los fallos referencias al Interés Superior del Niño. Yo te diría que el Interés Superior del niño, y en esto soy bastante crítica, en las sentencias de primera instancia es utilizado como una bolsa de gatos para justificar cualquier cosa".

Abogada de familia, Santiago.

"A mí me pasa que de repente el Interés Superior del Niño es una caja de sorpresas. Que entra de todo y puede salir cualquier cosa".

Curador ad litem, Santiago.

Consideramos que la permanente sensación de recarga del tribunal y la progresiva estandarización de las resoluciones limita la posibilidad material de los jueces de una mayor elaboración y explicitación del razonamiento que vincula el Interés Superior del Niño como principio general al caso concreto.

Esto podría explicarse, en parte y de acuerdo a lo señalado en las entrevistas, por la utilización de plantillas “tipo” de sentencias y de distintas resoluciones donde se mencionan estos elementos en forma general y estereotipada.

V. CONCLUSIONES

El presente trabajo tuvo como objetivo dar cuenta de los resultados de un estudio que indagó en la aplicación y efectividad del derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en los tribunales de familia.

Una de las primeras conclusiones que surgen es la existencia de una mirada unidireccional para afrontar el tema de la participación de los niños en los procesos judiciales. En efecto, esta temática se aborda más bien desde la evaluación de la capacidad del niño de participar en el sistema judicial y no tanto desde la evaluación de las capacidades de los operadores y de las condiciones existentes en el sistema para recoger la voz de los niños y hacerlos participar, asumiendo la noción de participación implícita contenida en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño. En efecto, la discusión se ha centrado en delimitar parámetros y criterios para definir cuándo los niños pueden darse a entender y cómo deben hacerlo, más que a la reflexión de los requerimientos, herramientas, condiciones y sentido que jueces, abogados, curadores y otros actores del sistema debieran incorporar para recuperar sus voces. El foco de análisis está en el que habla y no en el que escucha.

Esta mirada evaluativa de la competencia de los niños los pone en la necesidad de demostrar que sí son capaces, que sí son maduros, que tienen opinión, en vez de poner el peso y la responsabilidad de esta obligación en quienes deben operativizar este derecho.

Por otra parte, cabe señalar que adentrarse en este tema, complejo en su configuración y del cual hay escasa evidencia empírica, implicó trabajar con información que no siempre está disponible ni es de fácil acceso. En efecto, durante el transcurso del estudio el equipo investigador constató un avance positivo en la posibilidad de acceder a los datos judiciales, sin embargo, aún subsisten muchos problemas en cuanto al registro y consistencia de la información y la ausencia de criterios comunes para clasificar los datos en las categorías establecidas. Todo ello incide negativamente en la calidad de la información disponible y creemos que puede inducir a decisiones de políticas públicas equivocadas.

Hechas estas consideraciones previas, y a la luz de los resultados obtenidos podemos decir que la voz de los niños a partir de una cierta edad se recupera principalmente a través de las audiencias reservadas. Ellas suelen tener el carácter de únicas y aisladas dentro del proceso, son de breve duración y consideramos

se realizan en condiciones poco adecuadas. Pero no sólo se trata de problemas de infraestructura y tiempos, como lo indica la mayoría de los entrevistados, sino que principalmente, se advierte falta de claridad de los jueces acerca del objetivo de esta participación y carencia de criterios homogéneos para llevarla a la práctica.

Parece entonces necesario propiciar entre los operadores un debate y reflexión en torno al contenido sustantivo del derecho de los niños a ser oídos (derecho y no deber, participación, requerimientos de información previos, etc.), con el fin de evitar distorsiones en los objetivos y efectos de las audiencias reservadas.

A las audiencias reservadas le sigue la práctica de informes periciales y diagnósticos. Los jueces optan por ellos –sobre todo cuando se trata de niños pequeños– por razones de mayor preparación de sus encargados y tiempo para su realización, sin que se advierta que la naturaleza y finalidad de estos mecanismos no es recoger el interés manifiesto de los niños, sino que aportar al juez elementos de juicio para adoptar su decisión.

En menor medida, la voz del niño es recuperada a través de la figura del curador *ad litem*. Se advierte una mayor presencia de estos profesionales en los casos de vulneración de derechos, con una participación variable en intensidad y desempeño. Ninguna de las fuentes consultadas permitió conocer los criterios judiciales que se aplican para proceder a la designación de los curadores.

El estudio muestra que los factores que inciden en la participación de los niños son la naturaleza de las materias, la edad de los niños y la capacidad de los adultos de alcanzar acuerdos entre ellos. Si bien puede darse una combinación de estos factores, todo indica que la edad parece ser el criterio preponderante a la hora de determinar la participación de los niños: a menor edad, menor participación.

En relación con la naturaleza del asunto, dentro las cuatro materias objeto del estudio se advierte un mayor grado de participación de los niños en los casos de vulneración de derechos. Dentro de éstos, la participación es mucho más frecuente cuando éstos tienen entre 15 y 18 años.

Por último, la obtención de acuerdos entre las partes también incide en esta participación, ya que aparentemente, los operadores del sistema judicial (principalmente, jueces, abogados y consejeros técnicos) no consideran necesario oír al niño en aquellos casos en que los adultos logran resolver sus controversias vía acuerdos, visión que no es compartida por los mediadores.

Por otra parte, los resultados muestran que el modo en que los jueces de familia construyen el principio del Interés Superior del Niño es formal y abstracto. En efecto, las fuentes consultadas no permiten determinar los elementos considerados ni los criterios utilizados, permaneciendo oscuros para estos efectos. Algo similar ocurre en relación a la aplicación de la Convención de Derechos del Niño.

Por último, una cuestión que llama la atención y que consideramos primordial en esta discusión se refiere a la tensión que se advierte entre la protección de la intimidad y privacidad de los niños, versus la posibilidad de dar cuenta de la opinión del niño, darle un peso y que ésta se refleje en la sentencia. Cabe preguntarse si en todos los casos se justifica este nivel de reserva (por ejemplo, en el caso de un niño mayor de 14 años que esté dispuesto a hacerse cargo de sus dichos) y, por otro lado, si vale la pena llevar a los tribunales a niños pequeños en un contexto de casi nula consideración de su opinión y con el grave riesgo de ser objeto de manipulación, sanción o revictimización. Nos cuestionamos si acaso no sería mejor buscar otros métodos, menos invasivos, que permitieran conocer los deseos, preferencias y sentimientos de los niños.

Consideramos que ello requiere replantearse el mandato de la Convención desde una perspectiva de políticas públicas y en forma transversal y no sólo en materia judicial. De esta forma, preguntas como ¿qué entendemos por participación?, ¿dónde y cuándo se inicia? y ¿qué condiciones mínimas requiere su implementación?, son temas de un debate necesario que convoca tanto a instancias administrativas como judiciales.

Se trata de un camino que recién comienza y que exige de parte de los actores involucrados reflexión y debate acerca de cómo avanzar hacia la consolidación de la noción de los niños como sujetos de derechos, para lo cual se requiere necesariamente que su voz sea escuchada.

BIBLIOGRAFÍA

- ALAEZ, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- CAROCA, Alex; *Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal*, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial- CPU, Santiago, 1997.
- CILLERO, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELLOF, Mary (Comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del Panorama Legislativo en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/Desalma, Santafe de Bogotá/ Buenos Aires, 1998.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos (segunda edición). OEA/Ser.L/V/II.133, Doc. 34, 29 de octubre de 2008.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado, 51° período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, En: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc [visitado el 20/12/2009].

- CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO, Decreto Supremo N° 830, Relaciones Exteriores, D.O. de 27.09.90, promulga Convención sobre los Derechos del Niño.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC 17-02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, de 28 de agosto de 2002. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. [visitado el 20/12/2009].
- COUSO, Jaime, "El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído", *Revista de Derechos del Niño* N° 3 y 4, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2006.
- MAIER, Julio, "Los Niños Como Titulares del Derecho al Debido Proceso", *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, 2000.
- MANTLE, Greg; LESLIE, Jane; PARSON, Sarah; PLENTY, Jackie; SCHAFER, Ray, *Establishing children's wishes and feelings for family court reports. The significance attached to the age of the child*. En: <http://www://chd.sagepub.com> at Universiteitsbibliotheek Leiden [visitado el 20/12/2009].
- MASON, Mary Ann, "¿Una voz para el Niño?", *Revista de Derechos del Niño* N° 2, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2003.
- MENSAJE PRESIDENCIAL, Boletín N° 02118-18. Presentación a la Cámara de Diputados del proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia N° 19.968.
- THOMAS, Nigel; O'KAINE, Claire, "When children's wishes and feelings clash with their "best interests"", *International Journal on Children Rights* Vol. 6, N° 2, 1998.
- VILLAVICENCIO, Luis; MILLÁN, Patricio, "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", *Revista de Derechos del Niño* N° 1, Universidad Diego Portales/ UNICEF, Santiago, 2002.
- WEINBERG, Inés M., *Convención sobre los Derechos del Niño*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

