



DERECHO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A SER OÍDOS EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA CHILENOS: LA AUDIENCIA CONFIDENCIAL¹

ELENA SALUM ALVARADO*

SARA SALUM ALVARADO**

RICARDO SAAVEDRA ALVARADO***

Resumen

Este trabajo pretende conocer la opinión que los jueces de familia poseen sobre el derecho a ser oído de los niños y las niñas (0 a 14 años) y la importancia que estos le otorgan como uno de los componentes del interés superior del niño y la niña. El estudio –de carácter cualitativo– se inserta en la sociología jurídica empírica. Para este efecto, se aplicaron entrevistas semiestructuradas a jueces de familia, las cuales se enfocaron en los procesos de los Tribunales de Familia, específicamente en la figura de la audiencia confidencial. Sostenemos que existe una desalineación entre la legislación que pretende dar vida a los principios rectores de la Convención de los Derechos del Niño y los tribunales de familia, específicamente, en la manera en que esta legislación contempla dar cumplimiento al derecho a ser oído.

Palabras clave: derechos del niño, tribunales de familia.

Abstract

This work addresses the views family court judges have on The Right of Children to be heard (0-14 years) and the importance they give this as one of the components of the Best Interests of the Child. This qualitative study is framed into the empirical Legal Sociology. To this effect, semi structured interviews to Family Court Judges were applied, focusing on Family Courts processes, specifically in the Confidential Hearing Audience. We argue that there would be a misalignment between the legislation which aims to give life to the Convention on the Rights of the Child's guiding principles and Family Courts, specifically, on how this legislation plans on implementing the right to be heard.

Keywords: *child's rights, family courts.*

1 Este trabajo se enmarca en la investigación: “Democracia y políticas públicas. Las percepciones de los operadores judiciales sobre el acceso a la justicia de familia de sectores en situación de vulnerabilidad social de la Región de Valparaíso”, financiada por la Dirección de Investigación de la Universidad de Valparaíso, Proyecto DIUV N.º 52/2009. El estudio fue realizado en el período junio de 2011 a junio de 2013.-

* Chilena, trabajadora social, doctora en Estudios Americanos, académica, Escuela Trabajo Social Universidad de Valparaíso, Investigadora Responsable.

** Chilena, trabajadora social, criminóloga, doctora en Estudios Americanos, académica e investigadora Escuela Trabajo Social Universidad de Valparaíso, coinvestigadora.

*** Chileno, abogado, académico e investigador Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, coinvestigador.



En materia de derecho de familia, en el año 2004, se promulgó en Chile la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Esta ley acoge algunos de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados en la Convención de Derechos del Niño ratificada por Chile en 1989, entre estos el derecho a ser oído. Este derecho implica que ellos deben ser escuchados, oídos y tomados en cuenta por el juez de familia en todos aquellos asuntos que afecten su vida presente y futura.

Esta investigación intenta responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo se aplica el derecho a ser oído de los niños y niñas en los juzgados de familia de la región de Valparaíso, Chile? En este contexto, se orienta a conocer la opinión de los jueces de familia de las provincias de Valparaíso y Quillota respecto del derecho a ser oído en esta judicatura, con un enfoque en los mecanismos que la ley de los Tribunales de Familia establece, específicamente en la audiencia confidencial.

El trabajo se organiza en tres apartados. El primero aborda el interés superior del niño y el derecho a ser oído, el contexto legal y su incorporación a la legislación nacional. En este, se profundiza en la Convención de los Derechos del Niño, en el derecho a ser oído y en los mecanismos para escuchar a los niños y las niñas en la legislación de familia en Chile. El segundo apartado desarrolla la participación en el proceso de familia de los niños y las niñas: el caso de la audiencia confidencial. En el tercero, se

presentan las conclusiones que derivan de este estudio.

Metodología

Este artículo es parte de un estudio financiado por la Dirección de Investigación de la Universidad de Valparaíso (DIUV N.º 52/2009). El estudio se inserta en el ámbito de la sociología jurídica empírica y analiza el derecho a ser oído y la forma en que este es interpretado por los operadores judiciales de familia que se circunscriben al ámbito espacial de la región de Valparaíso. Para la elaboración de este artículo se trabajará exclusivamente con juzgados de familia de las provincias de Valparaíso y Quillota, respectivamente.

Tipo de Investigación: mixta con predominancia cualitativa.

Alcance del estudio: exploratorio-descriptivo, no experimental, transaccional.

Tipo de Muestreo: aleatorio

Universo: jueces de familia de las provincias de Valparaíso y Quillota. Con base en el muestreo aleatorio, se obtuvo una muestra de seis casos a los que se aplicó la entrevista semiestructurada como instrumento de recolección de datos. Estos seis casos corresponden al 19,35 %, lo que valida estadísticamente el estudio.

Cuadro N.º 1: Conformación de la Muestra de los Juzgados de Familia

Juzgados de Familia	
Juzgados de Familia:	N.º de Jueces
Provincia Valparaíso:	25
Provincia Quillota:	6
Universo	31
N.º Jueces de familia seleccionados aleatoriamente	6
% Jueces de familia Muestra/Universo	19,35%

Fuente: Elaboración propia con base en Poder Judicial, 2014.

Objetivo de investigación: Conocer la percepción que los jueces de familia poseen respecto del derecho a ser oído de los niños y las niñas y acerca de su aplicación procesal en las judicaturas de Valparaíso y Quillota.

Pregunta de investigación ¿Cómo se aplica el derecho a ser oído de los niños y las niñas en los juzgados de familia de la región de Valparaíso, Chile?

Hipótesis: El cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño en relación con el derecho a ser oído ha tenido un desarrollo más bien formal, evidenciándose materialmente un déficit en su aplicación efectiva por parte de los Tribunales de Familia.

Criterios de selección:

- Ser juez de familia de las provincias de Valparaíso o Quillota.
- Contar al menos con dos años de servicio en la judicatura de familia.
- Expresar su voluntad libre y espontánea de participar en el estudio.

Técnica de recolección de datos: Se utilizó como instrumento la entrevista

semiestructurada. La selección de este instrumento se basa en que permite recoger información fehaciente respecto de la visión que los jueces de familia poseen sobre el derecho de los niños y las niñas a ser oídos y sobre cómo es su aplicación desde una perspectiva procedimental en los respectivos juzgados en los cuales se desempeñan.

Por tratarse de una técnica de investigación cualitativa, se añadió como criterio la saturación de información acumulada como un elemento de juicio para finalizar el proceso de levantamiento de información, el cual ayudó a mantener una claridad en el proceso investigativo en torno a los datos levantados, evitando un sesgo en la información.

Además, se utilizaron los siguientes criterios de validez del estudio, desde una perspectiva cualitativa: credibilidad, transferencia y confirmación.

Mecanismos para escuchar a los niños y las niñas en la legislación de familia en Chile

El derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente

considerada en el proceso de familia constituye un mandato normativo de la más alta jerarquía, que obliga a los jueces de familia a recoger sus deseos y sentimientos en una amplia gama de materias (Couso, 2006). No es posible lograr una real protección del principio del interés superior del niño, sin el derecho a ser oído y a que el juez tenga en cuenta su opinión. Esto implica que esta es funcional a la anterior, dado que no es factible dar satisfacción al interés superior del niño si no se escucha su opinión.

La ley N.º 19.968 de 2004 sobre los Tribunales de Familia es la norma llamada a dar cumplimiento formal al Art. N.º 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1990 (en adelante, la Convención), que manda a escuchar a los niños y las niñas en todo proceso judicial que tenga relación con su futuro. El Art. N.º 16 de la ley consagra el derecho del niño y la niña a ser oído como uno de los principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento, al mismo nivel que el principio del interés superior del niño y la niña. Pero ¿de qué manera o a través de qué mecanismo la ley N.º 19.968 se hace cargo de la tarea de materializar este mandato? Cabe tener presente que, a la luz del numeral 2 del Art. 12 de la Convención, pareciera ser que los estados partes deben garantizar este derecho estableciendo instancias para que el niño y la niña sean escuchados, aunque no necesariamente de manera directa sino también

a través de un “representante o de un órgano apropiado”.

En este contexto, la ley N.º 19.968 de 2004 regula en particular la necesidad de oír al niño o la niña de manera directa solo a propósito del procedimiento especial para la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, las niñas o los y las adolescentes. El Art. 69 dispone que “en este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños (as) o adolescentes, considerando su edad y madurez” agregando en su inciso segundo que: “para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”. El Art. 19 de la mencionada ley establece que la figura del curador *ad litem* se debe designar al niño o la niña en los procesos donde 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 niños y las niñas de hacer valer autónomamente sus derechos en los procesos en que puedan tener interés en gran medida queda entregada a la discrecionalidad del tribunal, más allá de las escasas hipótesis en que la ley lo establece de manera preteritoria. La posibilidad de considerar a los niños

y las niñas como una parte procesal independiente de los padres o guardadores termina, entonces, diluyéndose, atenuando significativamente la efectividad de la garantía del debido proceso con que se vincula su derecho a participar en las decisiones judiciales o administrativas que les involucren.

En el contexto de los Tribunales de Familia chilenos, algunos estudios identifican mecanismos formales de participación así como factores que determinan dicha participación. Estos mecanismos serían: participación en audiencias reservadas, peritajes e informes diagnósticos, intervención del curador *ad litem*, y la “participación indirecta en el proceso”, entendida como la participación del niño o la niña a través de los adultos que, siendo parte en un juicio de familia, manifiestan en el contexto de sus pretensiones y en abono de ellas lo que estiman como el deseo, el querer o el interés del niño involucrado en el mismo proceso (Vargas y Correa, 2011).

Al margen de esta última modalidad, que probablemente se reconoce como la más extendida, al parecer los jueces se inclinarían preferentemente por la vía del peritaje e informes diagnósticos para incorporar en el proceso la opinión de los niños y las niñas, lo que develaría cierta desconfianza, incluso en sus propias competencias, en relación con el empleo del mecanismo de la audiencia reservada.

Esta tendencia restrictiva en la aplicación del mecanismo directo de

participación también se pone de manifiesto al considerar los factores que determinan la participación del niño en el proceso, y que los mismos autores citados asocian particularmente al tipo de materia objeto del litigio (cuidado personal, relación directa y regular, y violencia intrafamiliar), a la edad (estableciendo parámetros etáreos rígidos asociados presuntamente a la capacidad de reflexión y expresión verbal) y a la forma en que se pone término al proceso (nula participación cuando termina por acuerdo directo de las partes).

Pareciera ser que los jueces de familia prefieren una actitud más bien retraída, precisamente en un área particularmente propicia para expandir la fuerza normativa de la Convención y la ley interna en materia del derecho del niño y la niña a intervenir y ser oído en aquellos asuntos de su incumbencia. En efecto, los principios de intervención activa y de intermediación recogidos también por la ley de Tribunales de Familia permitirían perfectamente diseñar los fundamentos para una aplicación mucho más amplia de este derecho que aquella que ha resultado finalmente de la práctica judicial. He ahí la importancia de que los operadores jurídicos, especialmente los jueces de familia, incorporen dentro de su cultura la observancia directa de la Convención, en el sentido de hacer efectivo el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados en los asuntos que se ventilen en relación con sus derechos e intereses, y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

El interés superior del niño y la niña, junto con el derecho a ser oídos, son principios rectores de la ley de Tribunales de Familia en Chile, principios que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Si bien la legislación de familia chilena establece mecanismos y determinantes de la participación de los niños o las niñas en los procesos judiciales de familia, ninguna legislación nacional ni la Convención establecen cómo poner en práctica este derecho.

La Convención de Derechos del Niño en el sistema jurídico chileno

La Convención instala en los estados partes una nueva concepción del niño, la niña y los y las adolescentes, de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Este nuevo sistema se configura sobre la base de la “titularidad de derechos”, con lo que se establece la responsabilidad del Estado de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y otras necesarias para dar efectividad a los derechos señalados en esta.

A partir de esta ratificación, “se altera la condición (jurídica) del niño, quien deja de ser objeto de política, regulación y protección, para convertirse en sujeto de derecho, esto es, titular de derechos cuya protección niños (as) y adolescentes pueden reclamar” (Loveira, 2009, p. 215).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el Estado, incluido

el Poder Judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales. Así, la Convención, junto con otros instrumentos internacionales, constituye un *corpus iuris* internacional para la protección de los niños y las niñas. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención puede servir como “guía interpretativa”, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, para analizar el contenido de los artículos 8 y 25, y su relación con el artículo 19, de la misma Convención de los Derechos del Niño (CIDH, 2002).

El enfoque de derechos que instaura la Convención inaugura un nuevo paradigma de protección integral de los derechos, que representa un cambio cualitativo pasando de un sistema tutelar de protección, basado en la intervención y control social de “los menores” en riesgo social que deben ser objeto de amparo, hacia un sistema integrado de protección de los derechos de todos los niños, las niñas y los y las adolescentes², lo cual implica dos grandes aportes: primero, el reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho de estos y, segundo, el admitir su condición de personas en desarrollo.

2 Siguiendo a García (2004, p. 65), “la Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de infancia. Del menor como objeto de compasión-represión, a las niñas(as) y adolescentes como sujetos plenos de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar esas transformaciones”.

Bajo estos dos preceptos, se pretende construir un sistema de protección de derechos para toda la infancia y adolescencia sustentado en el principio de igualdad de trato y consideración, abarcando todas las dimensiones de la vida personal, familiar y social de los niños, las y los adolescentes. Este nuevo enfoque reconoce jurídicamente a los niños y las niñas como sujetos y actores de sus derechos, y obliga al Estado chileno a tomar medidas destinadas a dar efectividad a los derechos allí reconocidos a través de políticas públicas y prácticas concretas que recojan este nuevo enfoque de derechos. No obstante, el avance significativo que ha traído el cambio de enfoque y las implicancias legales que ha tenido, a nivel práctico y cotidiano podemos observar que el mandato de la Convención no siempre es cumplido de la manera más adecuada.

Los avances a nivel legislativo dan cuenta de que los intentos del Estado chileno por dar cumplimiento al derecho internacional, y en específico a la Convención, son significativos. En este sentido, han sido promulgadas una serie de leyes: ley de filiación N.º 19.585 (1998), ley de adopción N.º 19.620 (1999), ley de responsabilidad penal juvenil N.º 20.084 (2007) y ley de licitación de la oferta pública en materia de protección N.º 20.032 (2005). Un especial hito lo constituye la ley de Tribunales de Familia N.º 19.968 (2004), que creó por primera vez en Chile una judicatura de familia, estableciendo un proceso novedoso y oral, que marcó un cambio procesal en materia de derecho de familia.

Con todo, a nivel diagnóstico, podemos exponer una serie de factores multi-causales, cuyo elemento común es la ausencia de una legislación destinada a una tutela efectiva de los derechos del niño y la niña reconocidos en la Convención. Esta ausencia da como resultado una institucionalidad insuficiente, carente de un eje rector que responda al perfil de una autoridad que lidere las políticas públicas de infancia. Esto genera un circuito local de protección débil, con una insuficiente articulación y coordinación intersectorial a nivel nacional y con debilidades en el financiamiento y la administración del sistema de atención a la niñez y adolescencia; todo esto en un escenario de ausencia de una ley de protección integral de sus derechos (Tello, 2006).

En esta misma línea, es posible constatar la presencia de obstáculos al implementar la Convención en cuanto a la adecuación de la legislación interna a las convenciones y tratados internacionales suscritos por el Estado. En parte, estos obstáculos se deben a la inexistencia de mecanismos de exigibilidad y de coerción para hacer respetar los derechos garantizados por aquellos. Asimismo, se percibe una falta de priorización y voluntad política en la destinación de los recursos necesarios para la financiación de las reformas, los cuales han resultado claramente insuficientes.

A lo anterior, es posible adicionar la existencia de falencias en el diseño, la implementación y la coordinación de políticas públicas necesarias y una

ausencia de colaboración efectiva entre el gobierno y la sociedad civil (Tello, 2006). En definitiva, todos estos elementos nos llevan a sostener que el Estado de Chile, si bien ha reconocido y ha desarrollado en los últimos veinte años instrumentos normativos e institucionales para garantizar el acceso a la justicia de la niñez, este derecho de los niños y niñas se ve sustancialmente dificultado.

El derecho a ser oído

El derecho de los niños y las niñas a ser escuchados es un tema reciente en el debate público, en especial lo referente a la nueva condición jurídica de los niños y las niñas –sujetos de derechos– así como también su aplicación práctica en causas judiciales de cuidado personal, donde existe variedad de criterios en torno al contenido a dichos principios (Cid, 2010).

La Convención de los Derechos del Niño (1990) señala los siguientes aspectos: los niños y las niñas son titulares de derechos, la administración de justicia del Estado tiene la obligación fundamental de actuar como garante de la realización de los derechos de los niños y las niñas, la adopción de cualquier decisión que afecte a los niños y las niñas debe estar basada en su interés superior, y los niños y las niñas tienen el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta en la adopción de las decisiones que les afectan.

Con la finalidad de realizar un análisis sobre la forma de cómo se materializa

en Chile esta legislación internacional, es necesario contextualizar el derecho de los niños y las niñas a ser oídos a la luz de dos elementos fundamentales sobre los que se edifica el sistema de protección de la infancia contenido en la Convención: por una parte, el enfoque de derechos y, por otra parte, el interés superior del niño y la niña.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006), se entiende por Enfoque de Derechos al marco conceptual para el proceso de desarrollo basado normativamente en estándares internacionales de derechos humanos, que está operacionalmente dirigido a promover, proteger y hacer efectivos estos. En este contexto, el artículo 12 de la Convención estipula lo siguiente:

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 de éste, en función de su edad y madurez.
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.

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.

El derecho de los niños y las niñas a ser escuchados constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. En este contexto, el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N.º 12 (2009, p. 5) considera el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención –junto al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño y la niña–, lo que nos señala que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que además establece una máxima que debe ser considerada al momento de interpretar y hacer respetar todos los demás derechos consagrados en la misma Convención.

Ahora bien, el reconocimiento de la condición de titulares de derechos a los niños y las niñas en los términos establecidos en la Convención plantea un reto fundamental para los Estados en dos sentidos: por un lado, impone la obligación de garantizar la protección efectiva de los niños y las niñas, especialmente cuando sus familias de origen no pueden hacerlo; por otro, les obliga a poner en marcha todos los mecanismos necesarios para garantizar

el pleno ejercicio de los derechos que la Convención consagra, muy particularmente en el ámbito de la administración de justicia.

Así, la titularidad de los niños y las niñas respecto de los derechos reconocidos en la Convención plantea también el desafío de cómo conjugar dicha titularidad con las limitaciones para su ejercicio que se derivan de la falta de plena madurez física y mental, lo que determina la necesidad de coordinar el interés autónomo del niño y la niña respecto de los derechos de los cuales es titular, con los intereses de aquellos sujetos llamados a asistirlo en el ejercicio de tales derechos, especialmente en etapas tempranas de su desarrollo personal.

Para estos efectos y a partir de la propia Convención, la doctrina desarrolla la noción del llamado principio de autonomía progresiva, por el cual se establece el reconocimiento basal de la plena titularidad del niño y la niña, respecto de sus derechos, sin perjuicio de la intervención de terceros destinada a encaminarlo paulatinamente hacia un ejercicio más autónomo de los mismos. Así se desprende del Art. 5º de la Convención (1990, p. 4), al señalar 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.

De esta manera, la autonomía progresiva, entendida como 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 (Vargas y Correa, 2011), constituye por sobre todas las cosas una afirmación del concepto de “la consideración del niño como sujeto de derechos” y que constituye “principio básico y rector de la Convención”.

En este contexto, Minyersky (2007) plantea que este principio de considerar al niño como sujeto de derechos logra:

Conseguir el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que el derecho tradicionalmente ha tenido frente a las personas menores de edad, con relación a su consideración como incapaces por su condición para participar del sistema jurídico (...) Sus disposiciones ponen en claro que el niño deja de ser incapaz, inmaduro, incompleto, carente y en ocasiones hasta peligroso, por lo que se lo considera objeto de representación, protección y control de los padres y del Estado, y pasa a ser reconocido como sujeto de derecho, es decir, titular y portador de derechos y atributos que le son inherentes por

su condición de persona, y otros, específicamente por su condición de niño. (p. 254)

Entendida de esta manera, la relación y proyección del principio de la autonomía progresiva respecto del derecho del niño y la niña a ser escuchados, y en general a intervenir en las decisiones judiciales y administrativas que le empecen, son evidentes. Con todo, en la articulación de ambos principios pareciera constarse ciertas tensiones que tienden a resolverse de manera tal que la autonomía progresiva termina constituyendo un factor modelador –o limitador– del derecho de los niños y las niñas a ser escuchados, al condicionarse su ejercicio a la superación de determinados hitos etéreos. Este contrapunto plantea diversos enfrentamientos a la hora de optar entre un modelo de participación fundado exclusivamente en las capacidades de expresión a través del lenguaje formal, o uno que permita captar el genuino sentir y parecer del niño o la niña, a través de otras modalidades comunicativas. Este último sistema permitiría hacer efectivo el derecho a ser oído incluso respecto de niños y niñas en edades más tempranas, o permitiría discriminar entre el verdadero sentir y querer del niño en relación con el que expresa de manera puramente formal, a veces inducido por sus padres o por sus propios temores.

Podríamos concluir que el derecho del niño y la niña a expresar su opinión está limitado a que se encuentre “en condiciones de formarse un juicio

propio”. Sin embargo, Couso (2006) señala que “la hipótesis referida al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio” debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar” (p. 149).

De todas formas, esta dificultad no puede ser abordada sin considerar uno de los principios rectores que conforme a la Convención deben orientar la adopción de cualquier decisión sobre la vida del niño o la niña en cualquier ámbito, en particular el ámbito judicial: la primacía del interés superior del menor.

Interés superior de los niños y las niñas

La Convención establece que, en todas las medidas concernientes a los niños y las niñas que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño o la niña (Cillero, 2006).

El texto original de la Convención sobre los derechos del niño y la niña (en inglés, consagra el “*best interest of the Child*”), traducido al español como “interés superior del menor”, aunque la traducción literal de la expresión inglesa sería “mejor interés del niño”. Cualquiera de las dos expresiones establece un concepto jurídico indeterminado. En este contexto, a menudo la expresión “el interés superior del menor”

acompaña todo tipo de decisión que se adopte en relación a un niño o una niña en cualquier resolución emitida por una administración o poder del Estado, lo cual rara vez va acompañado de una motivación que incluya una explicación completa del modo en que la misma contribuye a la realización de este interés “superior” que se entiende que debe primar.

Entre las referencias internacionales sobre la interpretación de este principio destaca la que plantea las directrices del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los niños y las niñas. Es así que garantizar la primacía del interés del niño o la niña debe ser la consideración fundamental en todos los asuntos que les afecten. En su determinación, es necesario: considerar los puntos de vista y opiniones del niño o la niña que deben ser ponderados de manera adecuada en el proceso, respetar siempre todos los demás derechos del niño o la niña afectados, su dignidad, su derecho a la libertad y a la no discriminación; adoptar una aproximación integral por parte de todas las autoridades implicadas para tener debidamente en cuenta todos los intereses en juego en cada caso, incluyendo en primer lugar la garantía del bienestar físico y psicológico del niño o la niña, así como sus intereses legales, sociales y económicos. Además, si en un mismo proceso hay implicados varios niños o niñas, la determinación del interés de cada uno debe realizarse de manera individual y equilibrada con el objetivo de conciliar

posibles conflictos de intereses entre ellos (*Save The Children*, 2012).

En este sentido, Gómez de La Torre (2007) nos advierte que:

Se considera que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial. Por tanto, permitiría, de hecho, tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en la Convención. (p. 46)

Pese a ser un elemento determinante en el acceso a la justicia de los niños y las niñas, su definición está sujeta a interpretaciones personales de cada juez: “los jueces entendemos el interés superior del niño desde dos dimensiones como: 1) interpretación del juez o la jueza; 2) el derecho del niño o la niña a ser efectivamente oídos” (Juez N.º 1).

El peligro de arbitrariedad que conlleva la indeterminación del término plantea la exigencia de conocer su situación individualizada de manera exhaustiva. Identificar todos los derechos del niño o la niña que se encuentran afectados y determinar, con base en la plena protección, promoción y respeto de los mismos, qué solución se ajusta más a su completa realización.

En este contexto, consideramos que el interés superior del niño y la niña es la satisfacción integral de sus derechos o, de acuerdo a Cillero (2006), este no alude, ni puede aludir más que a

la satisfacción de sus derechos fundamentales. Es siempre la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño o la niña superior a la vigencia efectiva de sus derechos.

La efectiva realización del principio interés superior del niño o la niña supone, entonces, también la vigencia efectiva del derecho reconocido a los niños y las niñas en la Convención (artículo 12) a “expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez.”

Siguiendo a Couso (2006), sin considerar la exigencia de atender a los deseos del niño, y sin asegurarles a éstos centralidad en cada toma de decisión –mediante procedimientos y prácticas eficaces para ello– una ley que defina al interés superior del niño, como la máxima satisfacción de sus derechos no está protegiendo derechos ni está superando los problemas históricos del concepto de “interés superior del niño”. (p. 149)

En 2003, el sistema de Naciones Unidas acordó una declaración de entendimiento común sobre el enfoque basado en derechos, en la cual se establecen una serie de atributos fundamentales para el trabajo de cooperación y desarrollo de los organismos de ésta. En primer lugar, las políticas y programas de desarrollo deben tener como objetivo principal la realización de los derechos humanos; en segundo

lugar, los programas de desarrollo deben fortalecer las capacidades de los titulares de obligaciones para cumplir con sus deberes y de los titulares de derechos para reclamar sus derechos. Finalmente, las normas, los estándares y los principios de derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos deben orientar la cooperación y programación de desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso.

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) estableció que el acceso a la justicia no solo implica el poder acceder a los tribunales e iniciar un proceso judicial que deba resolver las causas contenciosas en materia de familia. Es decir, no es suficiente un acceso material a los tribunales, a través de la existencia en la legislación de mecanismos idóneos para la persecución de las pretensiones jurídicas. El acceso a la justicia implica además el ser escuchados efectivamente por el sistema judicial, por lo que cada persona debe poder expresarse y ser entendida al momento de formular sus pretensiones.

A su vez, el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas (2014) acordado en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, a propósito del derecho a ser oído de los niños, señala que:

El derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que le afectan, es un principio fundamental que necesariamente tiene que ser atendido en los procesos judiciales en que éstos estén involucrados. La participación del niño (a) o adolescente en un procedimiento judicial no se garantiza exclusivamente permitiendo la exposición de sus puntos de vista. Tanto instancias del Sistema Universal del Protección de los Derechos Humanos como documentos internacionales han establecido la necesidad de tomar una serie de medidas para garantizar la participación idónea de la infancia. De esta forma, el derecho de los niños (as) a participar en un procedimiento judicial trae consigo la necesidad de impulsar algunas adecuaciones procesales, las cuales deberán ser impulsadas tanto antes de que éste inicie como durante el desarrollo del mismo. (p. 36)

Por tanto, el derecho a ser oído se manifiesta primeramente en el hecho de que, al ser sujetos de derechos, los niños, las niñas y los adolescentes obtienen la titularidad de sus derechos, los que les faculta para reclamar sus derechos y poder acceder a la justicia de una manera formal; pero también se manifiesta en el derecho que estos tienen de ser oídos y manifestar su opinión y deseo en el conflicto familiar en el que se ven envueltos. Esto es, el derecho a ser oídos, escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten en su vida. 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 de los niños y las niñas como la opinión de estos (Vargas y Correa, 2011).

El derecho a ser oído y el derecho a que su opinión sea relevante y tomada en cuenta al momento de dictar sentencia el juez³ se relaciona a su vez con el debido proceso y el derecho esencial a la defensa que este conlleva, el cual se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y las Garantías Judiciales del Proceso (1969). Así, el derecho a la defensa surge como garantía de rango constitucional, la que abarca no solo a los adultos, sino también a los niños, las niñas y adolescentes en su calidad de titulares de derechos especiales.

Mecanismos para escuchar a los niños y las niñas en la legislación chilena de familia

El derecho de los niños y las niñas a ser oídos y a que su opinión sea debidamente considerada en el Proceso de Familia constituye un mandato normativo de la más alta jerarquía que obliga a los jueces de familia a recoger sus deseos y sentimientos en una amplia gama de

3 En tal sentido, el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el Acceso a la Justicia de personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas (2014, p. 36) acordado en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, señala expresamente a los juzgadores: “Que la opinión del niño forme parte explícita del razonamiento de lo resuelto”.

materias (Couso, 2006). No es posible lograr una real protección del principio interés superior del niño y la niña, sin el derecho a ser oído y a que el juez tenga en cuenta su opinión. Esto implica que opinión del niño o niña es funcional a la protección, dado que no es factible dar satisfacción al interés superior del niño o la niña si no se escucha su opinión. La ley N.º 19.968 (2004) sobre tribunales de familia es la norma llamada a dar cumplimiento formal al Art. N.º 12 de la Convención, que manda a escuchar a los niños y las niñas en todo proceso judicial que tenga relación con su futuro.

El Art. 16 de la ley consagra el derecho del niño y la niña a ser oídos como uno de los “principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”, al mismo nivel que el principio del interés superior del niño y la niña. Pero, ¿de qué manera o a través de qué mecanismo la ley N.º 19.968 se hace cargo de la tarea de materializar este mandato? Cabe tener presente que, a la luz del numeral 2 del Art. 12 de la Convención, pareciera ser que los estados parte deben garantizar este derecho estableciendo instancias para que el niño sea escuchado, aunque no necesariamente de manera directa sino también a través de un “representante o de un órgano apropiado”.

En esta línea, la ley N.º 19.968 (2004) regula en particular la necesidad de oír al niño y la niña de manera directa

solo a propósito del procedimiento especial para la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes. En efecto, dispone el Art. 69 que “en este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños (as) o adolescentes, considerando su edad y madurez”, agregando en su inciso segundo que “para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”.

A su vez, el Art. 19 de la Ley N.º 19.968 establece la figura del curador *ad litem*, que se debe designar al niño o la niña en los procesos donde 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 niños y las niñas de hacer valer autónomamente sus derechos en los procesos en que pueda tener interés en gran medida queda entregada a la discrecionalidad del Tribunal, más allá de las escasas hipótesis en que la ley lo establece de manera perentoria. La posibilidad de considerar a los niños como una parte procesal independiente de los padres o guardadores termina,

entonces, diluyéndose, atenuando significativamente la efectividad de la garantía del debido proceso con que se vincula su derecho a participar en las decisiones judiciales o administrativas que les involucren.

En el contexto de los Tribunales de Familia chilenos, algunos estudios identifican distintos mecanismos formales de participación así como factores que determinan dicha participación. Tales mecanismos serían: la participación en audiencias reservadas, peritajes e informes diagnósticos, intervención del curador *ad litem* y la participación indirecta en el proceso, entendida como la participación de los niños y las niñas a través de los adultos que, siendo parte en un juicio de familia, manifiestan en el contexto de sus pretensiones y en abono de ellas lo que estiman como el deseo, el querer o el interés del niño involucrado en el mismo proceso. Vargas y Correa (2011)

Al margen de esta última modalidad, que probablemente se reconoce como la más extendida, al parecer los jueces se inclinarían preferentemente por la vía del peritaje e informes diagnósticos para incorporar o establecer en el proceso la opinión de los niños y las niñas, lo que develaría cierta desconfianza, incluso en sus propias competencias, en relación con el empleo del mecanismo de la audiencia reservada.

Esta tendencia restrictiva en la aplicación del mecanismo directo de participación también se pone de manifiesto al

considerar los factores que determinan la participación de los niños y las niñas en el proceso, y que los mismos autores citados asocian particularmente al tipo de materia objeto del litigio (cuidado personal, relación directa y regular, y violencia intrafamiliar), a la edad (estableciendo parámetros etáreos rígidos asociados presuntamente a la capacidad de reflexión y expresión verbal) y a la forma en que pone término al proceso (nula participación cuando termina por acuerdo directo de las partes).

De esta forma, parece ser que los jueces de familia prefieren una actitud más bien retraída, precisamente en un área particularmente propicia para expandir la fuerza normativa de la Convención y la ley interna en materia del derecho del niño a intervenir y ser oído en aquellos asuntos de su incumbencia. En efecto, los principios de intervención activa y de intermediación recogidos también por la ley de Tribunales de Familia permitirían perfectamente diseñar los fundamentos para una aplicación mucho más amplia de este derecho que aquella que ha resultado finalmente de la práctica judicial.

He ahí la importancia de que los jueces de familia incorporen dentro de su cultura la observancia directa de la Convención, en el sentido de hacer efectivo el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados en los asuntos que se ventilen en relación con sus derechos e intereses y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

El caso de la audiencia confidencial

El interés superior del niño junto con el derecho a ser oído son principios rectores de la ley de Tribunales de Familia en Chile, principios que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Si bien la legislación de familia chilena establece mecanismos y determinantes de la participación de los niños y niñas en los procesos judiciales de familia, ninguna legislación nacional ni la Convención establece cómo poner en práctica este derecho.

Hemos señalado que la actual legislación del proceso de familia distingue al menos dos tipos de participación de los niños y las niñas: la primera es la participación directa y la segunda la participación indirecta. Como se ha señalado precedentemente, este estudio se ha enfocado en la participación directa mediante el mecanismo de la audiencia confidencial.

Uno de los objetivos de la ley N.º 19.968 (2004) de tribunales de familia es garantizar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. En esta ley, se debe tratar decididamente a éstos como sujetos de derechos en los tribunales, tanto en los conflictos de familia como en los procedimientos de protección de derechos del niño (Couso, 2006).

A continuación, se presentan los resultados obtenidos al realizar entrevistas

en profundidad a seis jueces de familia, en función de obtener la opinión que ellos poseen respecto a la aplicación del derecho a ser oído en la judicatura de familia.

La audiencia confidencial de acuerdo con la ley de Tribunales de Familia 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 solicitada por estos, no siempre respondiendo a los intereses y necesidades de los niños y las niñas.

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

La realización de la audiencia confidencial habitualmente responde a la estrategia del juicio que se lleva adelante y no responde necesariamente a un imperativo de dar cumplimiento a los reales deseos y necesidad del niño o la niña, como una manera de garantizar su acceso a la justicia de una manera plena, sino que responde a una necesidad

de proceso. Frente a esto, podemos señalar que escuchar a los niños o las niñas es más que simplemente escuchar o preguntar qué es lo que piensan (Lansdown, 1992; Roche, 1997) sino que se trata de involucrar al niño o la niña, proporcionándole información y capacitándole para expresarse a través de sí mismos y sus sentimientos, explorando las posibles opciones que se abren para él o ella, y escuchando y tratando de ver su visión seriamente (Roche, 1997).

En contraposición, en nuestra investigación hemos encontrado que la audiencia confidencial participan otros actores además del juez y el niño o la niña y no se enfoca necesariamente en escucharlos.

En nuestro tribunal tenemos audiencias confidenciales en las cuales está presente quien habla (juez), la consejera técnica y el curador ad litem. En las audiencias confidenciales consideramos dos ámbitos. Por una parte, el cuándo: las realizamos con niños de cinco años de edad hacia arriba y su finalidad es indagar sobre la situación general; y por otra parte, dependiendo de la complejidad de la materia (Juez N.º 3).

Por otra parte, la edad es un determinante de la participación del niño y la niña, independiente de la problemática que le afecte. Así lo plantearon la totalidad de los jueces entrevistados:

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

En este caso, la edad sería un factor de exclusión en el acceso a la justicia de los niños y las niñas menores de cinco años, el cual los deja sin oportunidad real de acceder al derecho a ser oídos, ya que sus intereses y necesidades son interpretados por terceros.

En cuanto a la determinación de la edad de participación, se observó en los entrevistados que se sigue la tendencia nacional, basándose en el principio de la autonomía progresiva, de no entrevistar confidencialmente a menores de cinco años, por lo que es, en general, casi inexistente su participación. A los niños mayores de cinco años solo se les entrevista cuando el conflicto con los adultos puede afectar su patrimonio. Por regla general, su participación también es esporádica y depende de su edad, es decir, a mayor edad se considera que existe mayor capacidad cognitiva, lo que redundaría en mayor capacidad de expresión y razonamiento, acogiéndose al principio de la autonomía progresiva. No obstante, el hecho de que exista una participación y una capacidad de respuesta cognitiva no significa que sean tomados en

cuenta en la resolución judicial que adopta el juez de familia.

En cuanto al tiempo de duración de la audiencia confidencial:

La duración promedio de la audiencia confidencial es mínimo treinta minutos. La información queda resguardada en una pista de audio reservada y en el acta se consigna que se realizó audiencia confidencial. (Juez N.º 5)

Podemos señalar que en la totalidad de los entrevistados un factor común en la aplicación de la audiencia confidencial fue la duración de esta. Su duración promedio es breve, entre veinte a treinta minutos y se observa una inexistencia de búsquedas de obtención de los intereses y necesidades de los niños y niñas menores de cinco años mediante procedimientos que permitan una inmersión en la subjetividad de este, por lo que la tendencia es el considerar que la única comunicación o forma de expresión del ser humano es la verbal. Con esto se deja lado la posibilidad aportar a la decisión judicial mediante la comunicación no verbal (comunicación analógica o digital).

La participación de los niños y las niñas como actores relevantes del proceso judicial que muchas veces va a decidir su futuro es escasa. Esto se debe a que quienes habitualmente se vuelven actores del proceso son los adultos que invocan la intervención del tribunal para resolver un conflicto que los involucra. En cuanto a quienes participan:

En la audiencia entran el papá con su abogado, la mamá con su abogado y el niño con su curador. Y el curador da cuenta de cuáles son los derechos que estarían siendo vulnerados, cuáles serían las sugerencias y todo eso conforme a la información que le fue entregada cinco minutos antes. Yo no conozco ningún abogado que sostenga entrevistas previas con el niño, de dos o tres días antes, de juntarse con el niño como lo harían con una persona adulta. Ellos se contactan con el niño minutos antes de la audiencia y conforme a eso sostienen una defensa. (Juez N.º 4)

En cuanto a quienes participan de la audiencia confidencial, el Art. N.º 69 de la ley de Tribunales de Familia N.º 19.968 (2004) establece que, en cuanto a la comparecencia de niños, niñas y adolescentes, en este procedimiento el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de éstos, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los Art. N.º 72 (audiencia preparatoria) y Art. N.º 73 (audiencia de juicio) o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

De acuerdo con la ley y a nuestra interpretación, el juez de familia debería entrevistar al niño o la niña solo, procurando un ambiente adecuado y cautelando su salud. Pareciese ser que la presencia en conjunto, tanto del consejero técnico y el curador *ad litem*, en algunos jueces aparece como la

fórmula para cautelar la salud psíquica del niño. No obstante, esto no garantiza realmente que el niño sea escuchado como manda la Convención.

En cuanto a la modalidad de aplicación de este instrumento de participación, la ley de Tribunales de Familia establece que esta debe realizarse solo con la presencia del juez y el niño o la niña, no obstante en la práctica se observa que esto no siempre es así.

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

A nuestro juicio, cuando la audiencia se realiza, se hace porque el juez considera que el proceso requiere de la participación formal de los niños y niñas, pero no porque el proceso requiera conocer a fondo sus necesidades y aspiraciones de los menores.

Por otra parte, la falta de preparación adecuada de los jueces en materia de entrevista y metodologías adecuadas

para poder escuchar, valorar y considerar al niño o la niña es un factor que incide en su poca frecuencia y en los resultados al momento de tomar una resolución judicial considerando a niño.

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

Siguiendo a Pesce (2011), en el tema de las entrevistas, existen tres posturas por parte de quien entrevista y las preguntas que subyacen frente a tal postura: a) Lo que quiero escuchar (lo que deseo), y la pregunta es ¿quiero escuchar?; b) Lo que necesito escuchar, ¿qué busco? o ¿qué necesito?; c) Lo que escucho, ¿qué me dice? Ahora bien, al enmarcar la manera en que se presenta el entrevistador frente al niño (de modo genérico), vemos como “Si escuchamos lo que nos dice el niño” tenemos

mayores posibilidades de encontrar aquello que buscamos o necesitamos. En cambio, si nos posicionamos desde lo que queremos o buscamos es probable que terminemos o bien dándole al niño un trato como si no tuviera mayor idea de lo que pasa o bien un trato como si fuera un adulto y que comprende claramente la situación que le afecta. Por esta razón, nunca será conveniente subestimar al niño o la niña. Si se le subestima, es altamente probable que el entrevistador deba enfrentarse a ciertos obstáculos que en gran parte de los casos no arrojen mayores luces sobre la entrevista y la real percepción del niño o la niña sobre la situación que le afecta.

Un factor común en los jueces entrevistados es que manifiestan que no se exploran otras formas de participación directa por al menos dos razones. Una primera razón sería una falta de formación, conocimiento y manejo metodológico de técnicas especializadas por parte del juez. Por ejemplo, no se utiliza la observación que puede realizar el juez sobre la conducta y la interacción entre los niños y los adultos significativos. Siguiendo este ejemplo, se podría plasmar una impresión respecto del apego existente, las reacciones de los niños o las niñas ante la presencia o ausencia de un adulto, entre otras. La segunda razón sería el que los jueces consideran que los especialistas son los llamados a informar de estas situaciones, dado que poseen una formación profesional idónea.

No obstante, los informes emitidos por los especialistas o peritos (diagnósticos o peritajes), corresponden a una mediación de los intereses del niño o la niña, permeada por la opinión profesional, que contiene una recomendación objetiva de qué hacer. Así, lo que el juez recibe es una opinión técnica, basada en elementos científicos y técnicos, que no necesariamente acogen los deseos y necesidades del niño o la niña, dado que no abordan la subjetividad. De esta manera, el juez logra una apreciación objetiva y técnica como aporte a la sana crítica antes de tomar una decisión o resolución judicial.

Finalmente, los jueces consideran que sí escuchan a los niños y las niñas:

En el tribunal de familia, le puedo asegurar que son escuchados los derechos de los niños. Se trata de hacerlos entender que el tribunal no es su enemigo y que la audiencia confidencial es una instancia para que ellos puedan manifestar su opinión. (Juez N.º 2)

No obstante lo anterior, no existe un consenso entre los jueces que lleve a concluir que el expresar la opinión se transforme en un elemento a ser considerado en el contexto de la sana crítica que realiza el juez antes de fallar.

Creemos que el uso de distintas formas de participación utilizadas de manera complementaria y no excluyente, sería un aporte para la toma de resoluciones que permitan oír y tomar en cuenta su opinión, en los casos en que sea

pertinente y no les cause un daño, posibilitaría que las resoluciones tomadas por el juez no solo sean ajustadas a derecho, sino más humanas y orientadas a garantizar un real y efectivo acceso a la justicia dando cumplimiento real y no solo formal al derecho a ser oído, reconociéndolo como un derecho humano de carácter social.

Conclusiones

En relación con los efectos de las decisiones que el juez de familia toma en casos que involucran a menores, Couso (2006) señala que la adopción de una medida que afecta al niño o la niña, tras haber considerado debidamente su opinión, es en un sentido sustancial una decisión distinta, de mucha mayor calidad, que la misma decisión adoptada sin tomar en cuenta esa opinión. Dicho en forma negativa, una decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño o niña, que se adopte sin permitir la participación de él o ella en la producción de la decisión, implica un acto de extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que no lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa.

Esta idea nos parece relevante, en el sentido de que cualquier decisión que afecte el destino y futuro de un niño o una niña necesariamente debe involucrar su interés, necesidad y participación. Con base en nuestra investigación se concluye:

- La adopción de decisiones por parte del juez considerando la opinión de los niños y las niñas, es una situación que se presenta escasamente. Esto se torna complejo a la luz del mandato de la Convención, que establece como un derecho humano el derecho a ser oído. Se cumple formalmente con el procedimiento de familia. Sin embargo, la opinión de los niños y las niñas en los fallos de los jueces nos es considerada –y en los casos en que se refieren a ella– no se entrega información acerca de su contenido y el peso de esta opinión en la sentencia.
- Se mantiene una visión basada en la antigua cultura jurídica, donde aún se les considera como un sujeto pasivo, lo que da cuenta de una construcción social de los niños basada en la autonomía, pero restringida solo a ciertos temas, especialmente los patrimoniales. Pareciera ser que cuando los temas a resolver no se relacionan con los conflictos patrimoniales, no es admitida esta autonomía en la resolución de sus propios conflictos y necesidades.
- Dar cumplimiento al derecho del niño y la niña a expresar su opinión continúa estando obstaculizado por prácticas de cultura jurídica interna y por barreras políticas y económicas, entre las cuales se encuentran:
 - Una resistencia inconsciente en los jueces entrevistados a la idea que los niños y las niñas sean partícipes de sus propias soluciones. Aparece en forma permanente la alusión al concepto de autonomía progresiva, así la edad se la entiende como vejez cronológica basada en tener al menos cinco años. Se requiere una interpretación de mayor amplitud del concepto edad y madurez. Esto genera inexistencia de prácticas, protocolos y metodologías estandarizadas, en la modalidad de repertorios a los que los jueces puedan recurrir en distintas circunstancias y situaciones.
 - En la práctica, la audiencia confidencial puede desarrollarse con: presencia del juez y el niño o niña; y también en presencia de éstos y del consejero técnico. Pareciera ser que la confidencialidad se entiende en el sentido de que no es posible a las partes conocer de qué se trató esta (qué se preguntó, qué se respondió, cómo se respondió). Esto no es sinónimo suficiente de confidencialidad, no garantiza confidencialidad en un sentido amplio cuando pueden participar de esta más personas que el juez y el niño o la niña. También observamos que la audiencia confidencial es una estrategia de defensa y de cumplimiento del mandato de la Convención por parte del Tribunal.
 - La falta de especialización de los jueces de familia, pese a lo desarrollado por la Academia Judicial,

dificulta que se considere realmente la opinión de niños y las niñas menores de cuatro años, y no solo se cumpla formalmente con poner en acción los mecanismos que la ley dispone. Aquí encontramos que el factor personal del juez, el interés por capacitarse en materia de niñez y adolescencia constituyen un elemento que presenta un diferencial en cada Tribunal de Familia. Si bien esto se valora, también se considera un riesgo, pues nos enfrentamos al hecho de que dependerá del juez de familia que le toque a los niños o niñas el ser escuchados y tomados realmente en cuenta. De esto dependerá la calidad de su acceso a la justicia, lo que se acerca mucho a una suerte de ruleta rusa de la justicia.

- En la práctica, no se escucha al niño o la niña sino que son los adultos responsables quienes son escuchados bajo sus propios preceptos y valoraciones y con el pretexto de cautelar el interés superior del niño. Los mecanismos y determinantes de la participación responden a una interpretación de la Convención bajo una lógica proteccionista, que minimiza los elementos de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, utilizando el interés superior de estos como una herramienta para restringir o limitar la autonomía. Este hecho aparece contradictorio, dado que se intenta dismantlar el modelo

de sistema tutelar tradicional para transitar hacia un modelo con enfoque de derechos.

La política de justicia de familia debe ser sometida a revisiones, ya que si bien se ajusta a los estándares internacionales en relación con el reconocimiento de sus derechos, la realidad es muy disímil por diversas razones. Entre ellas por la predominancia de la cultura jurídica heredada de los antiguos tribunales de menores y familia, en la que los niños y las niñas eran vistos como objeto de tutela y protección y sobre los cuales se tomaban decisiones sin considerar su opinión. En este tipo de proceso, las partes –siempre entendidas como adultos reclamantes– no eran relevantes en el (antiguo) proceso, dado que el juez de menores no escuchaba a las partes en conflicto, pues el proceso escrito solo consideraba el escuchar los alegatos de los abogados litigantes. Si bien esto se ha modificado de acuerdo al nuevo procedimiento oral de familia, los resultados a los que se arriba, dan cuenta del peso de la antigua cultura jurídica de los tribunales de menores.

Considerando el estado actual de vulneración de derechos de los niños y las niñas se identifican dos desafíos que deben enfrentar los Tribunales de Familia. En primer lugar, el poder judicial a través de su academia judicial debe emprender una tarea sistemática de capacitación a sus jueces en torno a la necesidad de escuchar a los niños y las niñas como elemento fundante de su decisión jurídica posterior, a fin

de instaurar y potenciar una nueva cultura jurídica en materia de familia. En segundo lugar, debe capacitarse a jueces y abogados en metodologías de entrevista. Cuando se trate de menores de corta edad, el procedimiento debe incorporar técnicas novedosas como los dibujos, las proyecciones y otras técnicas de índole psicológica que permitan conocer los deseos y necesidades especiales y de reconocer, finalmente, su autonomía como sujeto de derechos.

Proponemos la creación de la figura del defensor del niño y la niña, como una manera de garantizar de manera independiente del Estado los derechos de los niños y las niñas. Este debería contar con atribuciones y financiamiento que le permita influir en el diseño y la implementación de las políticas públicas de infancia y adolescencia. Es necesaria la voluntad política en la instauración de las iniciativas de cambio, que establezcan procesos y mecanismos que las hagan sostenibles, situación que al menos hasta la fecha no es posible avizorar.

Para finalizar, debemos señalar que los niños y las niñas no deben ver afectados sus derechos por la incapacidad de los jueces y otros adultos responsables de la toma de las decisiones para concretar el derecho humano a ser oído garantizado por la Convención de 1990.

Referencias

- Cid, L. (2010). *El cuidado personal de niños, niñas y adolescentes desde el enfoque de derechos: las prácticas decimonónicas de los tribunales de familia en los tiempos de la protección integral*. (Tesina de pregrado), Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- Cillero, M. (2006). *Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios*. Recuperado de <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva OC 17-02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, de 28 de agosto de 2002. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Couso, J. (2006). 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.
- García de la Cruz, J. (2007). La justicia y los ciudadanos inmigrantes. *Cuadernos de Derecho Judicial*, volumen sobre "Justicia: poder y servicio público", Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007. Recuperado de http://www.aidef.org/wtksite/downloads/100_reglas_doc_integrado.pdf
- García, E. (2004). *Infancia. De los derechos y la justicia*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Gomez de la Torre, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Lansdown, G. (1992). Key right is the child's right to be heard. En *Childright*, 91(4), november.
- Lovera, D. (2009) Libertad de expresión e interés superior del Niño, a propósito de la sentencia de la Corte Apelaciones de Antofagasta de 06 de marzo de 2009 y Corte Suprema 23 de abril de 2009. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 12, 215-225.
- Minyersky, N. (2007). Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño. En Cecilia P. Grosman (Dir.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Naciones Unidas. (2009). Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009. *Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado*. Recuperado de https://docs.google.com/document/edit?id=1gQLm3O33gEYO-JOFYtbTLAdD_VK3hhZNV2Jjichlg-CE&hl=es&pref=2&pli=1
- Naciones Unidas: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Nueva York. (2006). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos y Garantías Judiciales del Proceso*. San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Organización de Estados Americanos. (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ser. I/v/ii.129, doc. 4, septiembre. Recuperado de <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>
- Pesce, S. (2011). Recursos para una escucha útil. En *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*. Unicef, Buenos Aires, pp. 77-81.
- República de Chile, Ley N.º 19.585 del 26/10/1998 y sus modificaciones.
- República de Chile, DS N.º 830 del 14/08/1990 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ley de Adopción N.º 19.620 de 08/08/1999 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ley N.º 19.968 del 30/08/2004 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ley N.º 20.032 del 11/07/2005 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ministerio de Justicia, Tribunales de Familia 2005.
- República de Chile, Ley N.º 20.084 del 08/06/2007 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ley N.º 20.086 del 15/07/2008 y sus modificaciones.

- República de Chile, Constitución Política de la República de Chile 1980 y sus posteriores modificaciones.
- Roche, J. (1997). Children: rights, participation and citizenship. *Childhood* 6 (4), pp. 975-93.
- Save the Children. (2012). *Informe Infancia y Justicia, Una cuestión de Derechos. Los Niños y las Niñas ante la Administración de Justicia en España*. Recuperado de http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/561/Informe_INFANCIA_Y_JUSTICIA.pdf
- Suprema Corte de Justicia de México. (2014). *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*. México, D.F.
- Tello, C. (2006). El defensor de niño: ¿una institución eficaz para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas? Estudio encargado por UNICEF enmarcado dentro del Proyecto de Investigación: "Para dar efectividad a los derechos económico-sociales de los niños. Bases para la creación de un Defensor de los y Cuatro", Octubre de 2006. Recuperado de http://www.puntonorte.cl/unicef/wp-content/uploads/2013/04/revista-derechos-3_4.pdf#page=83
- UNICEF. (1990) Convención de Derechos del Niño. Recuperado de <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino>
- Vargas, M. y Correa, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia en Chile. *Revista Ius et Praxis*, Año 17, pp. 177-204. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100008>

Recibido: 29/4/2015 • Aceptado: 27/8/2015