



**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
**ESCUELA DE DERECHO**  
**SEMINARIO DE LICENCIATURA**



**EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LOS TRIBUNALES DE  
FAMILIA**

---

*Una perspectiva desde la doctrina y la jurisprudencia*

**AUTORES** : ISAMARÍA CASTILLO MIRANDA  
: ABIGAIL SANTIS ROJAS  
**PROFESORA GUÍA** : MURIEL SABIONCELLO  
**FECHA** : ENERO DE 2019

Tesina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

## ÍNDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN... ..	5
 I.PRIMER CAPÍTULO: NOCIONES FUNDAMENTALES	
1. Generalidades de la Convención Internacional de los Derechos del niño... ..	7
1.1 Derecho del niño a ser oído en la Convención Internacional de los Derechos del niño.....	8
1.2 Derecho del niño a ser oído en la legislación chilena .....	12
2. Posiciones doctrinales de este derecho .....	13
2.1 Derecho del niño a ser oído: como dueño y participe de su vida .....	13
2.2 Derecho del niño a ser oído como manifestación del debido proceso. ....	14
2.3 Manifestación del Derecho de defensa en los NNA: el representante legal .....	17
2.4 Manifestación del Derecho de defensa en los NNA: el curador Ad-litem.....	18
3. Derecho del niño a ser oído en el Derecho comparado .....	22
4. Jurisprudencia .....	27
4.1 Aplicación de este derecho por tribunales internacionales .....	27
4.1.1 Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Caso Ramírez Escobar y Otros vs Guatemala” .....	27
4.2 Aplicación de este derecho por parte de los tribunales de justicia nacionales desde la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. ....	30

4.2.1	Caso sobre cuidado personal de los niños Godoy Fuentealba .....	30
4.2.2	Caso de impugnación y reconocimiento de paternidad.....	31
4.3	Manifestaciones de este derecho en la práctica. Audiencias Confidenciales.....	34

## II. SEGUNDO CAPÍTULO: ¿EXISTE COHERENCIA ENTRE LA DOCTRINA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN LOS TRIBUNALES DE NUESTRO PAÍS? CRÍTICA

1.	Crítica al ámbito reducido de su aplicación .....	36
2.	Opinión de jueces y curadores ad-litem respecto de la aplicación del derecho del NNA a ser oído en nuestros tribunales.	
2.1	Entrevistas a jueces respecto de como aplican este derecho .....	38
2.2	Entrevista a curadora ad-litem .....	38
3.	¿Qué pasa con los niños de 0 a 5 años? .....	40

## III. TERCER CAPÍTULO: EJEMPLOS DE APLICACIÓN INCORRECTA O INEXISTENTE DE ESTE DERECHO.

1.	Institución de guardadores de niños o Programa de Familia de Acogidas .....	42
2.	Testimonios de niños que estuvieron en el Sename o en sus organismos colaboradores y que no fueron escuchados .....	43

## IV. CUARTO CAPÍTULO: PROPUESTA DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO.

1.	Ampliación en la legislación para ejercer este derecho.....	45
2.	Mayor capacitación para jueces y curadores ad-litem para tratar con niños.....	46
3.	Reformas en infraestructuras para que el ambiente en que se desarrolla este derecho, no sea intimidatorio.....	47

CONCLUSIÓN.....	48
-----------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	49
-------------------	----

## **RESUMEN.**

La presente investigación es un estudio acerca del derecho del niño a ser oído, analizándolo desde su fuente principal, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, como también desde interpretaciones dogmáticas, para luego contrastarlas con lo que ha ido señalando la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, esto con el objeto de orientar y comprender mejor este derecho. Además, se hace un análisis de las problemáticas que ha tenido este derecho en la práctica, a través de las diversas respuestas que se recopilaron en entrevistas realizadas a jueces de familia, consejeros técnicos, curadores ad litem, entre otros, por cuanto son los sujetos que han visto cómo éste opera en la realidad. Por último, se realizan propuestas orientadas a generar una mejor aplicación del derecho del niño a ser oído.

**Palabras claves: Derecho del niño a ser oído, Convención Internacional de los Derechos del Niño, jueces de familia, curador ad litem, audiencia confidencial.**

## INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, consagra por primera vez en la historia, uno de los derechos más importantes para los niños, niñas y adolescentes- en adelante NNA- , el derecho a ser escuchados. Este derecho está consagrado específicamente en el artículo 12 de dicha Convención.

Al ser un tratado internacional ratificado por el Estado de Chile, éste tiene la obligación de adecuar su marco normativo a lo señalado en la Convención. Es en este sentido, que a partir del año 1990, el Estado de Chile comienza a generar grandes avances en esta materia, creando entre otras cosas, la Ley que crea los tribunales de familia. No obstante, aún queda un largo camino por recorrer. Y así también lo señala el Comité de los derechos del niño, a propósito de la Observación General N°12, diciendo: *“El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12, hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo, exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación”*<sup>1</sup>.

Es importante mencionar que este derecho está desarrollado considerablemente, tomando en cuenta la opinión del NNA tanto en su casa, como en su escuela, su entorno, su comunidad, materias judiciales, etc. Es muy amplia la gama donde se puede manifestar este derecho; sin embargo, este trabajo se centrará solamente, en el derecho del niño a ser oído en los tribunales de familia.

---

<sup>1</sup> 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, p.33.

Se investigará, cómo ha sido abordado el derecho del niño a ser oído en nuestro ordenamiento jurídico, centrándonos específicamente en mostrar las problemáticas que se presentan en la práctica de este derecho en los tribunales de familia y de cómo aquello afecta a los principales involucrados, los NNA.

Analizaremos brevemente la historia de este derecho, su contenido, sus observaciones, lo señalado por el Comité de los Derechos del niño, lo señalado por la legislación chilena, diversas posiciones doctrinarias, derecho comparado, que nos permitirán, comprender de manera clara este derecho. Luego, a través del análisis de casos, mostraremos cómo nuestros tribunales de justicia han ido interpretando y aplicando el derecho del niño a ser oído. Lo anterior, tiene como objetivo realizar una comparación entre ambas fuentes del derecho, dejando en evidencia, que la correspondencia entre lo dispuesto por la doctrina y legislación y lo establecido por los tribunales de familia en la práctica, muchas veces no es la suficiente.

## **I. PRIMER CAPÍTULO: NOCIONES FUNDAMENTALES**

### **1. Generalidades de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño.**

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño tiene algunos precedentes, entre ellos encontramos una serie de declaraciones, que buscaban la protección de los NNA y además la responsabilidad de las personas adultas sobre su bienestar. Pero el hecho que solo fueran declaraciones implicaba la falta de fuerza vinculante para los Estados, esto generaba poca efectividad de los derechos consagrados en ellas.

El primer precedente, fue “La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño” del año 1924, que es el primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para las niñas y niños. Esta declaración contenía tan solo 5 artículos que trataban temas como, que el niño debía ser puesto en las condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual; que el niño hambriento debía ser alimentado, el enfermo atendido, el deficiente ayudado, el desadaptado reeducado, el abandonado recogido. Además, se establecía que el niño debía ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad; que debía ser protegido de cualquier explotación y por último que el niño debía ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo. Todo esto nace en el contexto de la Primera Guerra Mundial.

Luego, los antecedentes se remontan a 1948, período de la Segunda Guerra Mundial, con la “Declaración de los Derechos Humanos”, donde implícitamente se encontraban algunos derechos asociados a los niños.

En 1959, se aprueba nuevamente una Declaración de los Derechos del niño, que viene a complementar y mejorar la de 1924, ésta establece tan solo 10 artículos:

- a. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad;
- b. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
- c. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
- d. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.

- e. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
- f. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
- g. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
- h. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia
- i. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
- j. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Finalmente tras esta declaración, el 20 de noviembre de 1989 se aprobó la “Convención sobre los Derechos del niño”, compuesta por 54 artículos, que a diferencia de las declaraciones, tiene fuerza vinculante para los Estados parte, esto es, que los Estados se comprometen a cumplirla, adecuando su marco normativo a dicha Convención. Actualmente la Convención se encuentra ratificada por 192 Estados, uno de ellos es Chile, quien la ratificó el 14 de agosto de 1990.

Se presenta, una evidente mejoría en el contenido de la Convención de 1989 comparada con las declaraciones existentes hasta ese entonces, ampliando la gama de derechos de los niños y niñas, y teniendo como base los siguientes principios rectores, que no se encontraban regulados como tal, hasta ese entonces. Estos son:

- El interés superior del niño.
- El derecho a la no discriminación.
- El derecho a la vida, la sobrevivencia y el desarrollo.
- El derecho a la libertad de expresión y a ser escuchado.

El principio y derecho que nos convoca, en esta oportunidad, es el derecho del niño a ser oído, que por lo analizado anteriormente, no se consagra sino, hasta la Convención de 1989.

### **1.1. El Derecho del niño a ser oído en la Convención Internacional sobre los Derechos del niño.**

Es recién con la Convención de 1989 que se consagra el Derecho del niño a ser oído, específicamente, en el artículo 12 de la CDN.

Todo esto se relaciona al mismo tiempo, ya que a partir de dicha Convención, se reconoce a los NNA como sujetos de derecho y no como meros objetos de protección. Lo que implica reconocerles como sujetos con opinión, con capacidad de tomar decisiones, propositivos y merecedores de consideración, respeto y autonomía.

Este derecho, se traduce básicamente, en que el niño pueda expresar libremente su opinión y que ésta pueda ser escuchada, sobre todo cuando se trata de sus propios intereses. Como señala la misma página de la UNICEF “Que sus intereses sean lo primero a tener en cuenta en cada tema que les afecte, tanto en la escuela, como en los hospitales, ante los jueces, diputados, senadores u otras autoridades. Expresarse libremente, a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta”.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño 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 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.”

Para un análisis en profundidad de este artículo nos remitiremos a la Observación General N° 12 de 2009, del comité de los derechos del niño, en el que destacamos algunas ideas que a nuestro parecer son importantes tener en cuenta, para que este derecho sea aplicado correctamente en la regulación normativa de los Estados.

En primer lugar, nos parece importantísimo señalar que este derecho es opcional para el niño o niña, no es una obligación. Si él o ella, se quiere abstener de emitir su opinión,

nadie puede obligarlo a expresarla. Es fundamental, que el niño o niña tenga todo el asesoramiento e información necesaria para tomar dicha decisión, de opinar o no<sup>2</sup>.

Otro punto importante, en cuanto a la interpretación de este artículo, es que los estados partes “GARANTIZAN” el derecho del niño a expresar su opinión. Por consiguiente, como señala el comité, a propósito de la Observación General N° 12, “los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños”.

También es fundamental señalar que “el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”<sup>3</sup>.

Esto nos llama profundamente la atención, ya que se desaconseja el límite de edad, y lo que normalmente ocurre en los estados, es que el derecho del niño a ser escuchado se limita, más que por la ley, por la práctica de los tribunales, incapacitando discrecionalmente, a todos aquellos que no se expresan rápidamente, ni de forma verbal. Mas adelante, examinaremos este punto, para demostrar que el Estado de Chile limita en parte este derecho, por la simple costumbre de los tribunales.

Además, el Comité, “considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso, cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto”<sup>4</sup>.

En este sentido existe mucha deficiencia.

Otro punto importante, es que según el artículo 12, las opiniones del NNA no solo se deben escuchar, sino que además se deben considerar seriamente. Esto no quiere decir, que lo que el niño diga eso hay que hacer, sino que se debe evaluar toda la situación,

---

<sup>2</sup> Ídem, págs. 10-13.

<sup>3</sup> Ídem, pág. 9.

<sup>4</sup> Ídem, pág. 11

debiendo tener sentido escuchar la opinión de un niño en un tema que le afecte, no escucharlo para simplemente cumplir con la formalidad. El comité señala en este sentido que “Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio”.<sup>5</sup>

Y una de las cosas más importantes que señala el comité, a nuestro parecer, es que “no se puede escuchar eficazmente a un niño, cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”<sup>6</sup>. Esto merma en gran parte el derecho del niño a ser oído, ya que como mencionamos anteriormente, este derecho es opcional para el niño, pero si vemos que el entorno que ve, para ser escuchado es intimidatorio u hostil, puede que debido a eso, decida no opinar, no porque no se ha formulado una percepción al respecto, sino porque los medios son inadecuados para poder expresarse.

A modo de concluir este punto, el comité señala que “en la mayoría de las sociedades del mundo, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y a que esa opinión se tenga debidamente en cuenta sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas. Si bien muchos niños experimentan dificultades, el comité reconoce especialmente que determinados grupos de niños, sobre todo los niños y niñas más pequeños, así como los niños que pertenecen a grupos marginados y desfavorecidos, enfrentan obstáculos particulares en la realización de ese derecho”<sup>7</sup>. Existe aún un déficit importante, que es necesario superar. Mas adelante analizaremos este punto comparado con la aplicación en Chile de dichas normas.

---

<sup>5</sup> Ídem, pág. 14.

<sup>6</sup> Ídem, pág. 12.

<sup>7</sup> Ídem, pág. 6.

## **1.2 Derecho del niño a ser oído en la Legislación Chilena.**

Chile ratificó la Convención internacional de los Derechos del niño el 14 de agosto de 1990, a partir de ese momento, se comienzan a crear y modificar leyes que se ajusten a lo señalado por la Convención. Entre ellas, podemos señalar que en materia de protección social se crea el sistema “Chile crece contigo”, Ley 20.379 de 2009, que busca acompañar, proteger y apoyar integralmente a todos los niños y niñas desde su gestación a los 4 años de edad y a sus familias. En materia de violencia y maltrato, se establece la ley de violencia intrafamiliar, Ley 20.066 de 2005. También en materia de trabajo infantil se modifica el Código del Trabajo para abolir el trabajo de los menores de 15 años, Ley 19.684 del año 2000, y así sucesivamente en muchas áreas.

Pero el área que nos interesa como ya lo hemos mencionado, tiene que ver con el marco regulatorio del derecho de familia, sobre todo con la Ley 19.968 de 2004 que crea los tribunales de familia, eliminando los antiguos juzgados de menores. Esta Ley, es la que viene a dar cumplimiento formal a lo señalado por el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño. Es su artículo 16 el que establece que “tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del NNA, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

Pese, a la amplitud de este artículo, el único procedimiento en que este derecho aparece de forma explícita en la Ley 19.968, es en causas proteccionales, específicamente el artículo 69 que reza: “En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, considerando su edad y madurez. 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”.

Consideramos que dichos artículos, no son suficientes para satisfacer este derecho en su plenitud, ya que todos los demás procedimientos quedarían a discrecionalidad del juez.

Pese, a complementarse también con lo señalado en el Código Civil, artículos 227, 229, 242, entre otros, señalando en general, que se debe oír al niño en gran parte de los asuntos que lo puedan afectar en el área de familia, no es suficiente, porque en la práctica sigue prevaleciendo la discrecionalidad del juez.

El mismo comité, señala a propósito de las observaciones finales a Chile, “que recomienda que el Estado parte promueva, facilite y aplique, dentro de la familia, las escuelas, la

comunidad y las instituciones, así como en los procedimientos judiciales y administrativos, el principio del respeto de la opinión del niño, y promueva y facilite la participación del niño en todos los asuntos que le afecten, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención, teniendo en cuenta al mismo tiempo las recomendaciones aprobadas por el comité tras el día de debate general en 2006 sobre el derecho del niño a ser oído”<sup>8</sup>.

Como veremos más adelante, los tribunales de familia de Chile, pese a la amplia regulación que existe en nuestra legislación, poco es lo que aplica este derecho, reduciéndolo significativamente a los procedimientos que los jueces consideran necesarios, prescindiendo en ocasiones del testimonio de un NNA en asuntos que les afectan.

## **2. Posiciones doctrinales de este derecho. Interpretaciones.**

Manifestaciones del derecho del niño a ser oído:

### **2.1. Derecho del niño a ser oído: como dueño y participe de su vida.**

La Convención de los Derechos del Niño cambió el paradigma que se tenía acerca de los NNA pues hasta antes de su creación y reconocimiento como instrumento internacional, eran considerados como objetos de derecho. Pero a partir de 1989 esto cambió, ya que se reconoció a los NNA como sujetos de derecho y por tanto como dueños y partícipes de su vida. A propósito de esto Couso señala, que “una decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño, que se adopte sin permitir la participación del niño en la producción de la decisión, implica un acto de extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa”<sup>9</sup>. El autor alude a algo que es fundamental, refiriéndose al daño que se provoca en el niño al dejarlo como un mero espectador de su vida, por cuanto al no propiciar instancias con él en el que se le entreguen las herramientas para que nadie más que él aprenda y tome decisiones por su cuenta, por más básicas que sean como el de no querer hablar, el de ir a un lugar, el manifestar sus sentimientos, cuestiones esenciales en el

---

<sup>8</sup> Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención: Observaciones finales Chile, 44° periodo de sesiones, 26 de enero a 2 de febrero de 2007, p.7.

<sup>9</sup> Couso, J., “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”, en *Revista de Derechos del Niño*, Universidad Diego Portales y UNICEF, núm. 3 y 4, octubre 2006, p. 154.

desarrollo evolutivo de un niño, se le priva de la posibilidad de ser en el futuro alguien capaz de ser dueño de sí mismo y como tal un individuo capaz de tomar sus propias decisiones en forma consciente y responsable, cuestión que es clave para que puedan desenvolverse en una sociedad democrática como la nuestra, pues como indica Cuevas “Su incorporación a la vida en sociedad democrática implica la sensibilización y capacitación adecuadas para que en algún momento de sus vidas, que puede ser la vida adulta, lleguen a asumir responsabilidad respecto a los asuntos públicos, y ejerzan su derecho a participar en la dirección de éstos”<sup>10</sup>. Finalmente es importante volver a destacar el hecho de que los NNA son sujetos de derecho y como tal señalan Vargas y Correa “El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, consagrado en el artículo 12 de la CDN, es uno de los pilares fundamentales donde se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos. 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 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”<sup>11</sup>.

## **2.2. Derecho del niño a ser oído como manifestación del debido proceso.**

Desde un ámbito ya estrictamente judicial podemos señalar que el derecho del niño a ser oído forma parte del derecho al debido proceso. El debido proceso se entiende como “el conjunto de normas y reglas de carácter superior que tiene por objeto el establecimiento y respeto de las condiciones mínimas y necesarias que exige un proceso justo, llevado a cabo ante los órganos llamados por la ley a impartir justicia y que tenga por finalidad la averiguación de determinado hecho de relevancia jurídica”<sup>12</sup>. Este derecho se consagra en nuestro ordenamiento jurídico como garantía constitucional, en el artículo 19 N°3 inciso 5 de la Constitución Política que indica:

La Constitución asegura a todas las personas:

---

<sup>10</sup> Cuevas, MG., “Derecho a la participación del Niño y del Adolescente”, en Corneiles y Morais, C., M.G. (coord.), *V jornadas sobre la LOPNA. Cuarto Año de Vigencias de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Editorial UCAB, Caracas, 2004, p. 15.

<sup>11</sup> Vargas, M., Correa, P., “La Voz De Los Niños en La Justicia De Familia de Chile”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, vol. XVII, núm N°1, 2011, pp. 179-180.

<sup>12</sup> González Díaz, Mario. “Derecho a Defensa en la Legislación Chilena”. Tesis (grado). Iquique, Chile, Universidad Arturo Prat, 2005. p. 31

### 3.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Cabe destacar que la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución, en sus sesiones 101 a 103, dejó claro que este derecho se refería a garantías mínimas como lo son: el permitir el oportuno conocimiento de la acción, la adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere<sup>13</sup>. Podemos desprender de lo anterior, que el debido proceso se compone y se nutre a su vez de otras garantías fundamentales como lo son el derecho a defensa jurídica, el derecho a un juez ordinario predeterminado por ley (derecho a juez natural) y que este sea imparcial e independiente, duración razonable del proceso, la motivación y revisión de la sentencia, a las cuales deben agregarse todas las otras que reconocen los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentran vigentes, esto en virtud del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, por lo que no podemos dejar de mencionar la importancia de este derecho y es así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos vuelve a destacar lo que veníamos diciendo en su artículo 8° al indicar:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Dentro de este contexto general, el derecho del niño a ser oído se enmarca en el debido proceso a propósito del derecho a defensa, el cual según Evans consiste en “el derecho a solicitar y obtener la intervención de abogado para la defensa de los derechos de las personas, intervención que debe admitirse no sólo en los tribunales de justicia, sino en cualquier otro órgano jurisdiccional o ante cualquier autoridad”<sup>14</sup>. De la definición otorgada por el autor podemos apreciar que dicho derecho se establece para las personas, es decir, para todos los seres humanos y sin distinción alguna, en este sentido es pertinente lo que las autoras Vargas y Correa señalan respecto a que “uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, entendido por la

---

<sup>13</sup> Actas sesión N°103 pp. 19-20

<sup>14</sup> Evans de la Cuadra, Enrique, Los derechos Constitucionales., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2°ed., 1999, t. II, p. 27.

doctrina como la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y prueba. Dado que el derecho a la defensa es una garantía de rango constitucional alcanza también a los niños en su calidad de personas<sup>15</sup>, por lo que los NNA tienen el derecho a una defensa jurídica. Asimismo, agregan “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<sup>16</sup>, respecto a la forma en que el derecho a la defensa puede ejercerse, en nuestro ordenamiento, viene dado por la Ley N°18.120 que indica que la comparecencia debe realizarse mediante la denominada defensa técnica o letrada a cargo de un profesional experto y de confianza elegido por las partes y no de forma directa por la parte afectada, salvo en aquellos casos en que la ley habilita a las partes a comparecer personalmente sin el patrocinio de un abogado. Ahora bien, ¿Cómo se materializa aquello en los procesos iniciados ante los juzgados de familia y en donde se encuentran involucrados NNA?. En el Artículo 16 de la Ley N°19.968 se dispone:

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

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

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

Este artículo deja en evidencia la importancia no solo del interés superior del NNA, sino que también la del derecho del niño a ser oído, por cuanto necesariamente el juez debe tomarlos en cuenta siempre que en un asunto sometido a su conocimiento se encuentren

---

<sup>15</sup> Vargas y Correa, op. cit., pág. 184

<sup>16</sup> *Ibidem*.

NNA involucrados, pues estos son sujetos de derechos y que como titulares que son tienen el ejercicio y goce pleno de sus derechos y garantías.

El derecho a defensa es una garantía constitucional y en ese sentido a los NNA que se encuentren implicados en un proceso judicial de familia, se les reconoce por la Ley N°19.968 este derecho en su artículo 19, el cual recoge la representación judicial, prescribiendo que le corresponde principalmente a su representante legal, y de manera excepcional o subsidiaria al curador ad litem.

### **2.3 Manifestación del Derecho de defensa en los NNA: El Representante legal.**

La defensa de los NNA en principio se realizará a través de su representante legal, quienes de acuerdo al artículo 43 del Código Civil son el padre o madre, el adoptante, su tutor o curador. Esto es así, pues si bien los NNA son sujetos de derechos y como tal tienen el pleno goce de aquellos, su ejercicio se ve restringido por cuanto son considerados absoluta y relativamente incapaces por nuestra legislación, pues el artículo 1447 del Código Civil, se encarga de señalarnos que los impúberes, es decir, el varón que no ha cumplido los 14 años y la mujer que no cumplido 12, son absolutamente incapaces, por lo que no pueden actuar nunca por sí misma en la vida del derecho, ya que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, por lo que deben actuar siempre representados por una persona capaz. A su vez el mismo artículo en su inciso tercero señala que los menores adultos, es decir, los varones mayores de 14 años, pero menores de 18 y las mujeres mayores de 12 y menores de 18, son relativamente incapaces, por lo que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes, por ende y solo con lo que señala la norma los menores adultos podrían ejercer por sí mismo el derecho a acción o en este caso el derecho a defensa. Sin embargo esto no es así, pues de acuerdo al artículo 264 del Código Civil, en juicios civiles en que el menor de edad tome parte como demandante, éste debe comparecer autorizado o representado por el padre o madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si se ejerce conjuntamente.

El Código Civil también se encarga de señalar, como debe actuar el niño que decide entablar acciones en contra de sus padres o de un tercero sin contar con la autorización de aquellos. En el primer caso, el artículo 263 del mismo cuerpo legal, señala que siempre que el hijo tenga que litigar como actor en contra del padre o madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la autorización del juez, quien junto con otorgársela le asignará un curador para la Litis. Ahora, si el hijo desea ejercer una acción civil en contra

de un tercero, y si el padre, la madre o ambos niegan su consentimiento, o si están inhabilitados para prestarlo, el artículo 264 en su inciso segundo dispone que el juez podrá suplir el consentimiento de los padres, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis.

Luego en el mismo cuerpo legal en su artículo 265, vuelve a hacer hincapié en que los NNA no pueden comparecer en juicios civiles si no es por vía de la representación o autorización de quien tenga la patria potestad, aun cuando sea un tercero que se dirija en contra del hijo.

Por lo tanto y a raíz de lo anterior, podemos concluir que en principio los NNA ejercen su derecho a la defensa a través de su representante legal, pues de acuerdo a los artículos del Código Civil anteriormente mencionados y en especial del artículo 19 de la Ley 19.968, es el encargado de representarlos en todos los asuntos judiciales como extrajudiciales en los que se vean involucrados, pero también en caso de que el NNA interponga una demanda en contra de sus representantes legales - que como hemos mencionado son principalmente sus padres- o estos no otorguen su consentimiento para accionar en contra de un tercero, entonces quien representara los intereses del hijo será un curador designado especialmente para la Litis.

#### **2.4. Manifestación del Derecho de defensa en los NNA : El curador ad litem.**

El derecho a defensa como derecho propiamente tal, comprende dos aspectos que se complementan entre sí, el de defensa material y defensa técnica. Siguiendo a Aguilera entenderemos por defensa material “Aquella que comprende los específicos derechos de la parte en juicio de ser debidamente emplazada y oída en el proceso, pudiendo efectuar las alegaciones que estime atinentes, y en general tener participación en todo lo que diga relación con sus peticiones”<sup>17</sup>. A su vez el mismo autor respecto a la defensa técnica señala que “se refiere específicamente al derecho a contar con un abogado que tenga los conocimientos técnicos para ejercer las facultades procesales que supone el pleno ejercicio de la garantía general de defensa en juicio, siendo el objetivo de dicho profesional letrado la representación exclusiva de los intereses de su representado”<sup>18</sup>. En este sentido la figura del curador ad litem es principalmente una manifestación del derecho a defensa en su aspecto técnico, por cuanto y de acuerdo al artículo 19° de la Ley 19.968, se trata de un

---

<sup>17</sup> Aguilera, G., “Del derecho del niño a ser oído y del derecho a la defensa jurídica de los niños, en el actual ordenamiento jurídico familiar. Breves comentarios sobre algunos tópicos jurídicos y acerca del rol del abogado representante del niño, niña o adolescente”, en Arredondo, V., Toro, E., (comps), , *Espejos de Infancia, Análisis e intervenciones en violencia infantil*, Fundación Paicabi, Valparaíso, 2010, p.55

<sup>18</sup> *Ibidem*

abogado de la Corporación de Asistencia Judicial o cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa de los NNA, que es designado por un juez de familia con el objeto de que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos e intereses de los NNA, cuando estos carezcan de representante legal o cuando por motivos fundados, sus intereses sean independientes o contradictorios con los de su representante legal. A propósito de lo anterior es preciso destacar el hecho de que la labor de curador ad litem sea desarrollada solo por abogados de la Corporación de Asistencia Judicial o instituciones públicas o privadas habilitadas para aquello. El sentido que adquiere esta limitación a ejercer las funciones de curador ad litem, dice relación con las personas a quienes representarían, es decir, NNA, por cuanto como bien señala al respecto Aguilera “la exigencia de una defensa especializada es necesaria, pues no se trata sólo que los niños se encuentren representados, e incluso no basta que sea un abogado; sino se pide que sea un abogado con experticia en la materia. Obviamente es una norma reforzada, que busca dar eficacia al derecho del niño a ser oído y a su derecho de defensa, pues se trata de un sujeto especial – un niño – que como tal requiere una mayor protección en el ejercicio de sus derechos. En efecto, si los niños, niñas y adolescentes están en condiciones de formarse un juicio propio, y de esta guisa están en condiciones de ejercer su derecho a ser oído, la mínima expectativa – para evitar que dicho derecho sustantivo quede huero o vacío en contenido en la esfera jurisdiccional – debe consistir en que el abogado, que resguarda o custodia el derecho de defensa del niño o adolescente representado, patrocine los intereses prefijados por este último. Otra interpretación aplastaría la eficacia del derecho del niño a ser oído<sup>19</sup>.

Esta manifestación del derecho de defensa a luz del artículo 19 de la Ley N° 19698, ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina, entre las cuales encontramos el hecho de que el curador ad litem asuma la defensa del NNA de manera subsidiaria a la de sus representantes legales, o bien como señalan Salum Elena, Salum Sara y Saavedra “cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel 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 perentoria. La posibilidad de considerar a los NNA como una parte procesal independiente de los padres o guardadores, termina entonces diluyéndose, atenuando

---

<sup>19</sup> Ídem, págs. 66-68.

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”<sup>20</sup>. Siguiendo en la misma línea Couso señala “En Chile, la regulación legal del derecho a la defensa técnica de los niños ante los tribunales de familia es, a este respecto, algo defectuosa, pues parte de la base de que la necesidad de defensa autónoma para los niños (distinta de la que podrían proporcionarle sus padres), asociada en la ley, a la existencia de un “interés independiente o contradictorio” del de sus padres, es una excepción (artículo 19, Ley de Tribunales de Familia). Pero la verdad es que, si se parte del derecho del niño a participar en la decisión del caso, a partir de su propia visión sobre lo más conveniente para su vida, entonces por definición sus intereses son por lo menos independientes de los de sus padres. Incluso si, a primera vista, los padres del niño, o uno de ellos, defiende(n) un interés que coincide con el que el niño identifica como su interés en el asunto (por ejemplo, junto a su madre encargada de su custodia, el niño se opone a las visitas del padre no custodio), es perfectamente posible que en el curso del proceso, cuando el niño sea informado suficientemente sobre las diversas aristas del conflicto y sus derechos en juego, termine identificando otros intereses que son independientes o contradictorios (por ejemplo, que si quiere mantener una relación con su padre), lo que seguramente será más difícil que ocurra si no tiene un representante autónomo. Una consecuencia de ello en mi opinión, es que los tribunales de familia (y la Corporación de Asistencia Judicial y demás instituciones habilitadas para ello deberán solicitar, en su caso) siempre la designación de un representante al niño, salvo en los casos en que esté completamente descartada la existencia de un interés del niño contradictorio o independiente del de sus padres o representantes legales”<sup>21</sup>. Es decir, para el autor el derecho a la defensa en los NNA debería tener como regla general que el representante de sus intereses, y garante de sus derechos fuera un representante autónomo, en este caso, el curador ad litem y no así que sea designado a los NNA de manera excepcional, cuando carece de sus representantes legales o cuando el juez estime que sus intereses sean contradictorios con los de aquellos. Así también Vargas y Correa reconocen que el curador ad litem tiene una importancia para los NNA, pues indican que “esta figura creada por la Ley N° 19.968 opera -aunque con bajísima incidencia- como mecanismo de recuperación de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derechos, la cual tiene interesante potencial que

---

<sup>20</sup> Salum, E., Salum, S., Saavedra, R., “Derecho de los Niños y las Niñas a Ser Oídos en Los Tribunales de Familia Chilenos: La Audiencia Confidencial”, en Revista *Latinoamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Costa Rica, vol.XXVI, núm N°2, 2015, pp.56-57.

<sup>21</sup> Couso, op. cit., págs. 158-159.

parece estar desaprovechado por problemas institucionales”<sup>22</sup>.

Por otro lado, el curador ad litem en su rol de representante y garante de los derechos e intereses de los NNA, debe recoger las opiniones, deseos e intenciones que ellos le manifiesten, atendiendo a que son sus representados y como tal “tiene deberes de confidencialidad y lealtad profesional para su representado, en los mismos términos que con un patrocinado adulto”<sup>23</sup>. Es la práctica de esta labor la que resulta cuestionada por la doctrina, en tanto la participación de los NNA como bien señala Couso “No se trata simplemente del derecho a opinar sino que exige ofrecer al niño la posibilidad de participar en la construcción del caso, siendo así un protagonista de la decisión”<sup>24</sup>. La cual se desvirtuaría si el curador ad litem interpone lo que él considera que es más conveniente según estrategia de defensa y no velando por el interés superior del niño y en especial por el derecho a ser oído, provocando que se genere un conflicto de intereses que como indican Etcheberry y Fuentes se traduce en “lo que busca o estima razonable el representante no es lo mismo que aquello que el NNA desea, y que se manifiesta mediante la distorsión en la información que el primero entrega al tribunal a nombre del segundo”<sup>25</sup>. Complementando aquello Aguilera señala que la solución frente a esta situación, es decir, “en el evento de incompatibilidad entre la opinión del niño y la de su abogado que lo representa en juicio, el abogado debería ser sustituido, ya que sería la mejor forma de defender en particular el derecho de defensa técnica y en general el derecho del niño a ser oído”<sup>26</sup>. A su vez Couso y a propósito de lo anterior, sostiene que una verdadera representación de los intereses de los NNA, se lograría a través de lo que él llama el abogado del niño, pues este a diferencia de lo que hace el curador ad litem, “no representa el interés superior del niño”, sino su interés manifiesto, los deseos y sentimientos del niño, a los que se vincula con los mismos deberes de lealtad y confidencialidad que debería a un cliente mayor de edad. La idea es que esa opinión, intereses, deseos y sentimientos del niño, lleguen al juicio sin distorsiones. El tribunal será el que deberá identificar cuál es el “interés superior” del niño, teniendo en cuenta como un elemento central los “intereses manifiestos” del niño (lo que el niño dice que prefiere), pero mal podría tenerlo en cuenta si éstos ya vienen filtrados y distorsionados por su representante, que se permite escoger,

---

<sup>22</sup> Vargas y Correa, op. cit., págs. 192-193.

<sup>23</sup> Aguilera, op. cit., pág. 68.

<sup>24</sup> Couso, op. cit., pág. 154.

<sup>25</sup> Etcheberry, L., Fuentes, C, “El Derecho de los Niños a Ser Oídos” en UNICEF. (ed.) , *Constitución política e infancia : una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago de Chile, 2017, pp. 136-137.

<sup>26</sup> Aguilera, op. cit., pág. 68.

de lo manifestado por su representado, lo que él considera es lo más conveniente para el niño. Es cierto que habrá casos (no pocos) en que el niño no puede o no quiere manifestar claramente un interés o preferencia, o en los cuales el interés que manifiesta se traduce en algo prohibido por la ley o que, en opinión de su abogado, claramente le es perjudicial; en esos casos su representante actuará en forma similar a la de un curador “ad litem” o habrá que nombrar un curador “ad litem” que actúe paralelamente al abogado del niño. Pero eso debe entenderse como una excepción a la regla, que requiere en cambio que los niños cuenten con un abogado propiamente tal (y no un simple curador “ad litem”).<sup>27</sup>

Por lo que podemos concluir que respecto a la figura del curador ad litem, si bien puede generar un posible conflicto de interés, con respecto a los intereses de los NNA, de todas maneras su presencia en los procesos de familia, en donde se vean involucrados NNA, es necesaria, pues pese a que su actuación es acotada a aquellos casos en que el juez estime que los intereses del NNA son independientes o contradictorios con los de su representante legal, dicha labor de cierta forma logra generar en los NNA la confianza de manifestar sus reales intereses y no los que sus padres, en calidad de representantes legales, estimen que deba manifestar, por lo que así por más reducida que sea la instancia, se les logra hacer partícipes del caso en el que se encuentran involucrados.

### **3. Derecho del niño a ser oído en el Derecho comparado.**

La CDN ha sido ratificada por 196 Estados de un total de 197, convirtiéndose en el tratado con mayor aceptación a nivel mundial, entre estos países ya sabemos que se encuentra Chile. A continuación, analizaremos brevemente las legislaciones de Bolivia, Argentina y España, para observar cómo se desarrolla este derecho en nuestros países vecinos, como también en uno más lejano, en relación con el derecho del niño a ser oído.

#### **Bolivia**<sup>28</sup>

Bolivia ratificó la CDN el día 26 de junio de 1990, siendo el octavo país del mundo en hacerlo. Desde esa fecha hasta hoy, se han verificado cambios sustanciales que impulsan

---

<sup>27</sup> Couso, J., “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”, en *Revista de Derechos del Niño*, Universidad Diego Portales y UNICEF, núm. 3 y 4, octubre 2006, cfr. págs. 159-160.

<sup>28</sup> Unicef Bolivia. (2014). *Al cumplirse el 25 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, aún existen tareas pendientes para garantizar la seguridad y supervivencia de la niñez*. Recuperado de [https://www.unicef.org/bolivia/media\\_28397.html](https://www.unicef.org/bolivia/media_28397.html).

los cuatro principios de la convención: la no discriminación a la niñez y adolescencia, el respeto a sus opiniones, la dedicación al interés superior del niño, y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. Entre ellos encontramos el Código de la niña, niño y adolescente, Ley 548 de dicho país, que tiene por finalidad garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los NNA.

En el artículo 12 letra E, de la Ley 548, se consagra expresamente el principio de la participación, que dice relación con nuestro punto de interés, señalando lo siguiente: “por el cual las niñas, niños y adolescentes participaran libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa. Serán escuchados y tomados en cuenta en los ámbitos de su vida social y podrán opinar en los asuntos en los que tengan intereses” .

Este principio sigue manifestándose en todo el código. Destacamos el capítulo V, que lleva por nombre “Derecho a opinar, participar y pedir”. Correspondiente a los artículos 122 a 125 que señalan:

Artículo 122. (Derecho a opinar).

I. La niña, niño o adolescente, de acuerdo a su edad y características de la etapa de su desarrollo, tiene derecho a expresar libremente su opinión en asuntos de su interés y a que las opiniones que emitan sean tomadas en cuenta.

II. Las opiniones pueden ser vertidas a título personal o en representación de su organización, según corresponda.

Artículo 123. (Derecho a participar).

I. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa, en reuniones y organizaciones lícitas, según su edad e intereses, sea en la vida familiar, escolar, comunitaria y, conforme a disposición legal, en lo social y político.

II. El Estado en todos sus niveles, las familias y la sociedad garantizarán y fomentarán oportunidades de participación de las niñas, niños y adolescentes en condiciones dignas.

Artículo 124. (Derecho a petición).

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a efectuar de manera directa peticiones, individual o colectivamente, de manera oral o escrita ante cualquier entidad pública o privada sin necesidad de representación, y a ser respondidos oportuna y adecuadamente.

Artículo 125. (Rol estatal). El Estado en todos sus niveles, garantiza en todos los ámbitos, mecanismos adecuados que faciliten y promuevan las oportunidades de opinión, participación y petición.

Y así, en muchos más artículos, aparece expresamente la necesidad de escuchar a los NNA, teniendo por objeto reconocer, desarrollar y regular el ejercicio de sus derechos a cabalidad.

Nos gustaría destacar a propósito de esta regulación, la minuciosidad con que el legislador describe la importancia del derecho del niño a ser oído, y en general a todos sus derechos, dedicándoles una ley específica, acto que demuestra de alguna forma el mayor compromiso de Bolivia con sus NNA.

### **Argentina**<sup>29</sup>

La CDN fue ratificada con fecha 27 de septiembre de 1990 y en 1994 le otorgó rango constitucional. Desde entonces el Estado Argentino ha estado obligado a garantizar todos los derechos establecidos en la Convención a todos los NNA que viven en su país.

Es la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes de 2005, la que establece la aplicación obligatoria de la Convención, y entre estos, como ya sabemos se encuentra el derecho de los niños a expresar sus opiniones y sentimientos.

Esta Ley, en su artículo 2 señala: “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

---

<sup>29</sup> Defensoría del Público. (2014). *La Convención de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. Recuperado de <http://defensadelpublico.gob.ar/la-convencion-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes/>.

El artículo 19 letra C de esta misma ley señala: “Derecho a la libertad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende:

c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.

Artículo 24: “Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los NNA; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

A nuestra opinión, Argentina regula este derecho de manera generalizada, muy parecido a como lo hace Chile, respetando el derecho del niño a ser oído, pero siempre con ciertas limitaciones, al señalar palabras como “conforme a su madurez y desarrollo”, que normalmente quedarán a discrecionalidad del juez, y tenderán a excluir la participación de niños más pequeños.

### **España<sup>30</sup>**

También ratificó la CDN. De acuerdo con el análisis que hemos efectuado, debemos analizar el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 sobre Protección Jurídica del menor, que señala:

Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado.

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier

---

<sup>30</sup> Hernández, Pilar. (10 de febrero de 2014). *El Derecho del menor a ser oído en un procedimiento judicial*. Tarragona: *El Jurista*. Recuperado de (<http://www.eljurista.eu/2014/02/10/el-derecho-del-menor-a-ser-oído-en-un-procedimiento-judicial/>).

procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

De esta norma se desprende, un fiel reflejo de lo que señala la Convención e incluso completado con las observaciones realizadas por el Comité de los derechos del niño. A nuestro parecer, dentro de las legislaciones que hemos analizado, ésta es la que logra garantizar de manera óptima el derecho del niño a ser oído.

Es positivo también que en el artículo 92. 2 del Código Civil Español, se establezca que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

Por lo que legalmente, es obligación oír a los menores que tengan suficiente juicio antes de adoptar cualquier medida que les afecte.

Es destacable también que el Tribunal Supremo, en relación con estas materias, establece como uno de los criterios legales “el derecho de audiencia de los menores”, sancionando con nulidad las resoluciones judiciales que dicten, sin haberla practicado una vez que el niño tiene los 12 años o antes, si tuviere suficiente juicio.

#### **4. Jurisprudencia.**

##### **4.1 Aplicación de este derecho por tribunales internacionales.**

###### **4.1.1 Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Caso Ramírez Escobar y Otros VS Guatemala” .**

Este es un caso en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos-en adelante Corte IDH- resuelve que el Estado de Guatemala es responsable internacionalmente por la separación arbitraria de los hermanos Ramírez de su familia, y de sus posteriores adopciones irregulares.

El 9 enero de 1997, los niños O.T.R de 7 años- y J.R- de 2 años- fueron separados de su familia e internados en un Hogar por decisión del Juzgado de Primera Instancia de Menores de Guatemala, el cual, en agosto del mismo año, declaró la situación de abandono de los niños.

El artículo 48 del Código de Menores de Guatemala de la época, establecía que para declarar la situación de abandono de un menor el juez debía “oír al denunciante, a los padres y al NNA”.

De acuerdo con lo declarado por O.T.R, nunca fue informado de que se estaba realizando un proceso de declaración de abandono, ni qué implicaciones podría tener este proceso

para él. Además, según consta, el niño no fue escuchado directamente por la jueza a cargo del proceso de declaratoria de abandono en ninguna oportunidad, pues la opinión del niño solo parece haber sido consultada por una trabajadora social, cuestión que en el expediente no consta evidencia de dicha entrevista.

En junio de 1998, y sin informar a los niños del procedimiento de su adopción, los hermanos Ramírez fueron adoptados por familias estadounidenses distintas, a través de la vía extrajudicial.

Con este caso lo que se ha pretendido, es exponer la importancia que reviste el derecho del niño a ser oído a nivel internacional y como su contenido ha sido precisado por la Corte IDH. En primer lugar, es destacable que se trate de un fallo que es reciente, y en donde la Corte IDH se encarga de señalar que este derecho forma parte del corpus iuris internacional de protección de las niñas y los niños. Agrega además, que este corpus iuris informa y define el contenido del artículo 19° de la Convención Americana, y que por tanto los Estados deben garantizar y respetar este derecho que se les reconoce a los niños en su calidad de tal .

En segundo lugar, es interesante apreciar como para el análisis de este caso la Corte IDH atiende en principio a lineamientos generales sobre los derechos del niño, haciendo mención en el párrafo 152 a que en toda situación que involucre a niñas y niños, se deben aplicar y respetar de forma transversal, los principios rectores de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, que son i) la no discriminación; ii) el interés superior del niño; iii) el derecho a ser oído y participar, y iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. A su vez el interés superior del niño 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 estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades . Luego y propósito de la declaración de abandono de los hermanos Ramírez, la Corte IDH estima que el artículo 48° del Código de Menores que regía en la época que acontecieron los hechos, debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho a ser oído, el cual consiste en el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, como también presupone que la niña o niño sea informado adecuadamente sobre sus derechos, las razones y consecuencias del proceso que se está llevando a cabo, lo anterior debe ser comunicado al niño en función de su edad y madurez. En este sentido la Corte IDH considera que las

niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser oídos directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Por lo que en base a este razonamiento la Corte IDH determina que el hecho de no haberse escuchado a O.T.R, la autoridad judicial no pudo valorar sus opiniones sobre el asunto, cuya opinión era primordial antes de adoptar una decisión que afectaba directamente su interés superior y que tenía consecuencias significativas en su desarrollo. Por lo tanto, resuelve que lo anterior constituye una violación al derecho a ser oído y ser debidamente tomado en cuenta, consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de O.T.R. .

En tercer lugar, la Corte IDH vuelve a destacar, a propósito de los procedimientos de adopción, la importancia y necesidad del Derecho del niño a ser oído, por cuanto se trata de un asunto que afecta directamente a los NNA. Asimismo, indica que el Derecho a ser oído es una de las garantías procedimentales que son necesarias a efectos de cumplir con el interés superior del niño, ya que no se puede garantizar el interés superior del niño en un procedimiento de adopción si el niño en cuestión no es escuchado, en tanto su opinión es un elemento imprescindible para su determinación. .Por tanto, la Corte IDH consideró que el Estado tampoco cumplió con el requisito de garantizar el derecho de los hermanos Ramírez a ser oídos respecto de su adopción internacional, puesto que nunca fueron informados acerca del procedimiento de adopción del cual estaban siendo objeto y por ende sus opiniones ni siquiera fueron consideradas para efectos de autorizar y conceder sus adopciones.

A modo de conclusión podemos afirmar que el derecho de niño a ser escuchado es un derecho que es transversal, es decir, se debe aplicar a todos los asuntos en el que se encuentren involucrados NNA, esto porque es uno de los principios rectores de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y que por ende los Estados deben respetar. Asimismo, la Corte IDH mediante el análisis de este caso le dio contenido a este derecho, manifestando que abarca principalmente el derecho a la información que debe tener un NNA, como a que su opinión sea tomada en cuenta siempre teniendo en consideración su edad y madurez.

## **4.2 Aplicación de este derecho por parte de los tribunales de justicia nacionales desde la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.**

En este punto veremos cómo, a la luz de materias tan disímiles como lo son el cuidado personal, la impugnación y reconocimiento de la paternidad, nuestros tribunales de Justicia han interpretado y aplicado el Derecho del Niño a ser Oído.

### **4.2.1 Caso sobre cuidado personal de los niños Godoy Fuentealba :**

Eduardo Godoy Sierra, interpuso demanda de cuidado personal respecto de sus hijos S.G.F y D.G.F de 4 y 2 años de edad, en contra de Gabriela Fuentealba Ortiz, madre de sus hijos y que, a la fecha de la presentación de la demanda, era con quien los niños se encontraban viviendo.

El 26 de octubre del año 2016, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acoge la demanda deducida por Eduardo Godoy Sierra, respecto de S.G.F y D.G.F, determinando que ambos queden bajo el cuidado personal y crianza del padre. Fijándose además un régimen de relación directa y regular, entre los niños y su madre.

Frente a este contexto, se deducen los siguientes recursos en contra de la sentencia definitiva del tribunal de primera instancia, por la parte demandante se deduce recurso de apelación y por la parte demanda se deducen recurso de casación en la forma y apelación.

La razón para presentar este caso radica en lo interesante que resulta su fallo, desde la perspectiva del derecho del niño a ser oído y su relación con la figura del curador ad litem, puesto que la Corte de Apelaciones de Santiago, otorga la calidad de trámite esencial a la designación del curador ad litem. Así en los Considerandos Sexto y Séptimo señala “Que en este caso, si bien los menores D. y S., de 4 y 2 años respectivamente, no podían ser oídos, - por su edad- sobre los hechos materia del juicio y, en especial, sobre qué situación les resultaba más conveniente en resguardo de sus intereses; cobraba entonces mayor relevancia que la sentenciadora procediera a la designación de una persona que actuara en su nombre y representación, ejerciendo la debida defensa de los menores, pues los padres se mantuvieron en una posición antagónica, en la que expusieron y pretendieron acreditar sus intereses y no los de los menores, cuyo cuidado personal exigían para sí.” Y que por ende “la designación de un curador ad litem debió realizarse en la audiencia preparatoria, lo que no ocurrió, diligencia que era esencial, más aún si se considera que tanto en dicha audiencia que se celebró el día 11 de diciembre del año 2015, como en la de juicio de 31 de

marzo de 2016, se discutió y decidió sobre el cuidado personal provisorio de los menores, sin que éstos estuvieran debidamente representados ni fueron escuchados, a través de su curador” . Complementado lo anterior tenemos los Considerandos Octavo y Noveno en donde finalmente se encarga de señalar que el nombramiento de un curador ad litem es esencial, pues “ Que conforme a lo que se ha venido razonando, aparece que el órgano jurisdiccional, no adoptó las medidas necesarias para que los menores actuaran debidamente representados en el juicio, mediante el nombramiento de un curador ad litem, siendo éste, en concepto de esta Corte, un trámite o diligencia esencial, según lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 19.968, en relación con los artículos 768 y 795 del Código de Procedimiento Civil, entendiéndose que en este último precepto, la enumeración de los trámites o diligencias esenciales, no tiene el carácter de taxativos, por ende la omisión en que se ha incurrido en el juicio, ha causado un perjuicio a los derechos e intereses de los menores, sobre todo tratándose el de autos de un juicio de cuidado personal, ya que la decisión que en definitiva se adopte, sin duda, afectará su vida futura” A raíz de estos considerandos podemos observar y concluir que la Corte al considerar la designación de curador ad litem como un trámite esencial, estaría estableciendo un nuevo parámetro, que si bien no se condice con el actual artículo 19° de la ley que Crea los Tribunales de Familia, pues recordemos que para asignársele a un niño un curador ad litem, se requiere que estos carezcan de representante legal o bien que el juez estimase que sus intereses son independientes o contradictorios con los de su representante legal, consideramos que la Corte le da relevancia a la figura del curador ad litem, en función de que entiende que el Derecho del Niño a ser Oído es un derecho que debe estar siempre presente y aplicarse especialmente por los tribunales de familia, en todo proceso en el que se vean involucrados y comprometidos los intereses de los niños, por lo que aun cuando la forma en el que este derecho se aplique difiera, en función de la edad o madurez de los niños, se entiende que este le pertenece a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de tal. Por lo que su interpretación a nuestro parecer se ajusta a lo que la Corte Interamericana en el caso anterior llamaba el corpus iuris internacional de protección de las niñas y los niños.

#### **4.2.2 Caso de impugnación y reconocimiento de paternidad.**

Antes de analizar el presente caso, hacemos la apreciación de que los nombres han sido eliminados de la sentencia por tratarse de una causa de familia y por el resguardo hacia la identidad del niño involucrado, pero para fines de comprender mejor el presente caso, se han utilizado nombres ficticios para identificar a las partes de este proceso.

Ezequiel Poblete Díaz nació en diciembre de 2012, siendo inscrito por su madre con los apellidos, Díaz Díaz. El 9 de febrero de 2016, cuando el niño tenía 3 años y medio, fue reconocido por la pareja de su madre don Pablo Poblete, por lo que el niño paso a ser Ezequiel Poblete Díaz, quedando así determinada su filiación respecto de don Pablo Poblete, El 27 de marzo de 2016, Pablo Poblete y la madre de Ezequiel contrajeron matrimonio. En julio de 2016, José González (el padre biológico de Ezequiel) se entera a través de su madre del reconocimiento del niño. En virtud de lo anterior, es que José González decide interponer demanda de impugnación y reclamación de paternidad en contra de Pablo Poblete y Ezequiel Poblete Díaz, este último representado por su madre, ante el Segundo Juzgado de Familia de San Miguel. El tribunal desestima la demanda por considerar que José González no se encuentra legitimado activamente para deducir las acciones de impugnación y reclamación de paternidad. Frente a este contexto es que José González interpuso un recurso de casación en el fondo, en contra de la sentencia de primera instancia- confirmada luego por la Corte de Apelaciones de San Miguel- por infracción de los artículos 216° del Código Civil, 16° y 32° de la Ley N° 19.968.

Este caso es destacable en relación al Derecho del Niño a Ser Oído, puesto que la Corte Suprema decide solamente casar de oficio la sentencia de primera instancia y no dictar sentencia de reemplazo como así se solicitaba en el recurso en cuestión, lo anterior se justifica en el Considerando Cuarto, en donde se indica “ Que, no obstante que lo reflexionado es suficiente para anular la sentencia que se refuta y dictar la de reemplazo en conformidad a la ley, se hará uso de la facultad que consagra el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil y se actuará de oficio, retro trayéndose la causa al estado que se lleve a cabo una nueva audiencia preparatoria, porque, como se consignó, no se llevó a cabo la entrevista confidencial con el niño, no obstante que el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 19.698 consagra su derecho a ser oído como un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento” . Luego y para justificar su decisión, argumenta en base al Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, como en la doctrina nacional. En lo que respecta al Artículo 12, en donde se establece el derecho del niño a ser oído junto con la observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que dispone medidas que deben aplicarse para garantizar el acatamiento del derecho del niño a ser escuchado y a la Observación General N° 14 del mismo comité, en tanto a que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan. La

Corte Suprema entiende el artículo 12 “Como aquel que establece que el niño, niña y adolescente tiene derecho a manifestar sus deseos, sentires, de manera libre y que sean tenidos en cuenta en la oportunidad en que se resuelva el asunto que les incumbe, enlazándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo expresado implica, por lo tanto, que deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que indica dicha norma, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos” . Por lo tanto y en relación a los motivos anteriores indicados, es en el Considerando Sexto y Séptimo en donde realmente la Corte Suprema le otorga la importancia que veníamos señalando a la audiencia confidencial al disponer que “la fijación de una o más audiencias en los juicios que inciden en materias que conciernen a NNA, con la finalidad de escucharlos, constituye una forma de concretar el derecho que consagra el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, y en la medida que se den las condiciones que señala, debe ser considerada como necesaria e imprescindible” y “Que, por consiguiente, como respecto del niño Ezequiel Poblete Díaz se adoptó una decisión trascendental para su vida presente y futura, sin escuchar su opinión, y, además, del examen de los antecedentes obtenidos del sistema computacional se advierte que se circunscribió la prueba sólo a la determinación de su filiación paterna y no a si concurren los presupuestos fácticos de la acción de reclamación de la misma, lo que era necesario, dado que se dedujeron simultáneamente ambas acciones, corresponde que se anule todo lo obrado y se retrotraiga la causa al estado que se lleve a cabo una nueva audiencia preparatoria en la que deberán establecerse los hechos a probar que las comprenda, y fijarse la respectiva audiencia reservada con el niño” .

Finalmente podemos observar que este fallo de la Corte Suprema, nos permite concluir en primer lugar que el derecho del niño a ser oído es considerado un principio base para todos los asuntos de competencia de familia en los que se encuentren involucrados NNA. En segundo lugar, este derecho es una expresión del derecho a la defensa material, lo que implica que el NNA se sienta partícipe en todo momento del caso en el que se decidirá su futuro. En tercer lugar, también se trata de una manifestación del derecho a la libertad de expresión. Y por último la mejor forma para la aplicación de este Derecho es mediante la audiencia confidencial, por cuanto se trata de una instancia en la que el juez dialoga con los NNA en un ambiente de confianza y en donde aquellos se sienten libres para expresar sus opiniones y sentimientos acerca del asunto del cual se encuentran involucrados. Y que a su vez permite al juez adoptar una mejor decisión para el caso al momento de ponderar lo

percibido en la audiencia con los demás antecedentes presentados, para así finalmente resolverlo siempre en función del interés superior del niño.

#### **4.3 Manifestaciones de este derecho en la práctica: Audiencias confidenciales.**

La audiencia confidencial es el mecanismo por excelencia para la aplicación del derecho del niño a ser oído, por cuanto se trata de una entrevista que realiza el juez personalmente con el NNA, con el objeto de escuchar de manera directa la opinión del NNA, respecto del asunto que se discute y por ende lo hace partícipe del caso en el cual se ve involucrado y que determinará su vida. El marco normativo de esta audiencia la encontramos en el artículo 69 en relación con los artículos 72 y 73 de la Ley N° 19.968. En este sentido es pertinente destacar el artículo 69° que establece que la comparecencia del NNA en el procedimiento para la aplicación de medidas de protección, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”. Lo primero que debemos comentar respecto a esta norma, es que se enmarca dentro del TITULO IV “PROCEDIMIENTOS ESPECIALES” de la Ley N° 19.968, lo que significa que se establece una limitación de entrada en cuanto a su aplicación, puesto que no se aplicará de manera general para todos los procedimientos en el que se involucren a NNA, sino que solo respecto de aquellos que digan relación con la aplicación de medidas de protección.

Un segundo problema dice relación con el tenor literal de la norma, por cuanto no establece la obligatoriedad del juez de practicar las audiencias respectivas con el NNA, puesto que tal como señala el magistrado Carretta “ El tenor de la norma deja claro que se trata de una elección y no imposición para el magistrado, en tanto usa el vocablo “podrá” . En este sentido se complementa con lo que los autores Salum Elena, Salum Sara y Saavedra, mencionan en cuanto a que “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” .

Un tercer problema y que se relaciona con lo anterior es el hecho de la pugna que se ocasiona entre el derecho a defensa de las partes y el interés superior del niño en relación con su derecho a ser oído, en cuanto a la realización de esta audiencia, puesto que, al ser de carácter confidencial o reservada, solo tienen derecho a participar de aquella el juez, el NNA, el consejero técnico y el curador ad litem. Excluyendo de su desarrollo a las partes del juicio, las cuales no pueden observarla ni escuchar su contenido, y mucho menos realizar preguntas a través del juez para que se las dirija al niño, lo que ocasiona que como bien lo señalan Fuentes y García “No pueda saberse cuál fue el comportamiento del juez ni del NNA, ocasionando por ejemplo que el juez o el consejero técnico hagan uso de técnicas para conversar con el NNA que sean altamente sugestivas, haciendo que los dichos de este puedan ser inadvertidamente modificados o alterados, o incluso, en su peor versión, que ello sea dañino para el NNA. Asimismo, es posible que en el contexto de la audiencia los jueces o sus asesores tengan conductas que llevan a que la declaración del niño vaya más allá de conocer la opinión o los deseos de este y, de facto, se trate en un escenario en donde el NNA se transforma en un testigo de la causa, situación en la cual las partes no podrán hacerle ver al tribunal lo problemático de este proceder, ni operará el principio del contradictorio” , por ende es que no se tienda a solicitar por las partes la audiencia confidencial. A modo de conclusión podemos señalar que pese a las problemáticas que ocasiona la audiencia confidencial, entendemos que es necesario que se siga practicando, esto porque es una instancia en la que el juez tiene un contacto directo con el niño, el cual puede manifestar libremente su opinión sin que ésta se encuentre influenciada por sus padres o representantes legales, y en el eventual caso de que aun así fuera, el juez mediante la observación que realiza en esta audiencia puede percatarse del comportamiento del niño frente a sus declaraciones, cuestión que incluso dice mucho más que el lenguaje verbal. Y que por lo demás no solo se garantiza el derecho del niño a ser oído de manera directa, sino que también permite esta audiencia que el juez sea más consciente de la situación en la cual se encuentra el niño y cuyas declaraciones deberá ponderar junto a los antecedentes que en el caso respectivo se han ventilado, cuestión que será fundamental en la manera de cómo el juez fallará el asunto que finalmente determinará la vida del NNA. Pues como señalan Troncoso y Puyol “la audiencia reservada no tiene por qué ser una sola vez, ni estar restringida su oportunidad procesal a la audiencia de juicio, ya que su objetivo es ser el medio a través del cual el NNA participa y este puede participar en cualquier momento del proceso” . Por lo tanto, en la audiencia confidencial se aprecia de manera directa el derecho del niño a ser oído, en tanto se aplica el derecho a la información

que tienen los NNA involucrados en procesos judiciales como también y fundamentalmente el derecho a expresarse sin limitación alguna.

## **II. SEGUNDO CAPÍTULO: ¿EXISTE COHERENCIA ENTRE LA DOCTRINA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN LOS TRIBUNALES DE NUESTRO PAIS? CRITICA.**

### **1. Crítica al ámbito reducido de su aplicación.**

Como ya lo hemos analizado, el Derecho del niño a ser oído en nuestro sistema, aparenta tener una gran aplicación, sin embargo, se ve muy reducido y limitado en la práctica.

Recordemos lo señalado por el artículo 12 de la Convención y el artículo 16 de nuestra Ley 19.968, para ejemplificar mejor nuestra crítica:

Artículo 12 Convención de los Derechos del niño.

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."

Ahora nuestro artículo 16, que establece que dicha Ley (Ley que crea los Tribunales de Familia) "tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento".

Esto sin mencionar los artículos correspondientes a nuestro Código Civil, donde señala expresamente que respecto de algunas materias se debe oír al niño, y que aun así no se hace.

Entonces, ¿es realmente el derecho del niño a ser oído una consideración principal para nuestros jueces en derecho de familia? ¿Realmente se está garantizando el ejercicio y goce pleno de dicho derecho? ¿Es el niño escuchado en todo procedimiento judicial que le afecta? ¿Se corresponde en verdad lo que señala la legislación y la doctrina con lo que sucede a diario en la práctica?

Al parecer las respuestas no serán del todo satisfactorias, ya que hay deficiencias en nuestro sistema y queda claro que no todo lo que señala la legislación y doctrina es aplicado en práctica.

Una de las principales evidencias, referente a esta misma discordancia, es por ejemplo la discrecionalidad de los jueces, en el sentido que son ellos quienes deciden si es necesario escuchar a un niño o no, siendo que la Convención señala que los jueces deben darle la oportunidad en TODOS los juicios que les afecten. En nuestro sistema, podrá haber asuntos que les afecten directamente pero que no se les pedirá su opinión porque el juez no lo estima pertinente, como también habrá casos en que habrá asuntos que les afecten y el juez si considerará su opinión. Es más, muchas veces ni siquiera es el juez quien lo considera, sino el abogado de alguna de las partes quien propone la audiencia confidencial, de lo contrario este derecho se limitaría aún más.

Incluso, en este mismo sentido, y no en pocas oportunidades, se han tenido que interponer recursos de casación, porque se omite este trámite considerado esencial. Generalmente el problema lo encontramos en los juzgados de primera instancia, ya que los superiores suelen garantizarlos.

## **2. Opinión de jueces y curadores ad-litem respecto de la aplicación del derecho del NNA a ser oído en nuestros tribunales.**

### **a. Entrevistas a jueces respecto de cómo aplican este derecho.**

De la realización personal de entrevistas a jueces y de testimonios recopilados podremos apreciar de cómo se aplica este derecho por aquellos.

Testimonio Juez N° 1: “Realizar la audiencia confidencial es un constante desafío, esto ya que, al salir de la academia judicial, no nos preparaban en ese entonces, en materias de cómo abordar la entrevista con niños, por lo mismo y para mejorar aquello, es que he intentado cada vez que se presenta la oportunidad de ir a capacitaciones en materias de infancia, las cuales permiten entregar herramientas para afrontar una entrevista con los niños, y así poder interpretar la información que ellos proporcionan para luego determinar en conjunto con los demás antecedentes del caso lo que es mejor para el niño siempre en razón de su interés superior”.

Testimonio Juez N° 2: “En las oportunidades en las que me corresponde realizar audiencia reservada con los niños, procuro que se desarrolle en presencia del consejero técnico, pues él cuenta generalmente con las herramientas para preguntar como corresponde, porque nosotros los jueces no tenemos mucha formación en aspectos psicosociales para enfrentar una entrevista con niños, en especial en qué tipo de preguntas hacer y cuáles no hacer”.

Testimonio Juez N° 3 : “Cuando en el proceso hay niños me fijo en el rango de edad, porque si se trata de niños menores 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” .

Testimonio Juez N° 4: “Una de las formas que generalmente practico para oír a los niños menores de cinco años, es a través de los informes periciales que se le practican al niño, en donde detallan de manera objetiva y con la expertiz del perito, principalmente en materias de cuidado personal o en el régimen de regulación directa y regular, cuáles son los deseos, inquietudes y estado del niño, respecto de la situación de sus padres y como esto les afecta. Lo que me permite interpretar de mejor manera al niño y así lograr formarme una convicción respecto a lo que es mejor para el niño”.

b. Entrevistas a curadores ad-litem.

La siguiente entrevista se realizó a la Abogada Francisca Garmendia Olivares, que actualmente desempeña sus funciones en el Consultorio Jurídico de la Universidad de Valparaíso, y que en varias oportunidades ha tenido que aceptar el cargo de curadora ad-litem.

o ¿Usted considera que el procedimiento para que el juez escuche al niño es el más apropiado? Justifique su respuesta.

En el sentido si es el ambiente más apropiado, considero que lo será, dependiendo de la edad del niño y si es qué se le prepara antes de ingresar a la sala de la audiencia. De todas formas, cuando ingresa el niño, generalmente los magistrados se acercan al niño o niña y le comienzan a hacer las preguntas. Siempre está presente el curador ad litem o curadora y el consejero o consejera técnico, y de todos modos las preguntas van direccionadas a su opinión respecto por ejemplo del cuidado personal, la relación que tiene con los padres, y en las medidas de protección van preguntas tendientes a ver si es que ellos han sufrido algún tipo de maltrato, pero siempre resguardando en este caso sus derechos, no haciéndole preguntas de forma muy directas, sino que se trata que sea un ambiente más relajado y más cercano.

Pero en general, según mi punto de vista, sí sería propicio el ambiente que se da para que se entreviste al niño, porque de otra forma, tendría que ser quizás en una sala aparte; pero siempre se ha mantenido el resguardo en cuanto a que el niño pueda dar su opinión de manera espontánea.

o Normalmente, ¿cuánto es el tiempo que usted habla con el niño o la niña para saber su opinión respecto del caso, y en base a eso tratar de plantear su defensa?

El tiempo va a depender, si llegan con el niño a la hora de la audiencia o si llegan un poco antes, si llegan un poco antes se podrá conversar con el niño antes de ingresar a la sala de audiencias, si es así, el tiempo es entre 5 a 10 minutos aproximados, y va a depender de varios factores, entre ellos, la edad del menor, si el niño es más tímido o no, y de la calidad de sus respuestas. Y cuando son más pequeños, generalmente dicen sí, no, otros se explayan, pero el tiempo varía entre 5 a 10 minutos aproximadamente.

Ahora si no llega antes de la audiencia el niño, después igual se puede hablar, pero siempre en presencia del magistrado y la consejera técnica, para poder defender sus derechos en la audiencia.

o ¿Considera que el lugar es propicio para que el niño, niña o adolescente dé a conocer su opinión?

Lo considero propicio, sin embargo, quizás existiría otro tipo de actitud si fuese en otro lugar o de otra forma, porque existe un cierto temor de las personas a los tribunales de justicia, y muchas veces ese mismo temor se lo traspan a los pequeños, y quizás por eso algunos están un poquito más reticentes u otros un poquito asustados, pero la idea es tratar de lograr que el niño entre en confianza y así él pueda emitir su opinión. Y se dan las instancias, por ejemplo, para que el curador pueda hablar con el menor antes de entrar a la audiencia, se solicita una sala aparte y obviamente se resguarda al niño, ya que es un ambiente propicio, porque cuando se entrevista al menor, no se encuentran los padres, entonces a él se le da a entender que el papá no va a saber las respuestas que él dé, así que considero que es un lugar propicio. Ahora, quizás puede haber mejoras al respecto, pero más que nada es para tratar que el niño se sienta cómodo.

Podemos concluir de la entrevista que precede, que si bien la curadora considera que el procedimiento y ambiente es propicio para que el niño o niña pueda dar a conocer su opinión, puede haber mejoras, ya que de alguna forma un tribunal puede resultar intimidatorio para ellos. Y en consideración al tiempo, que ella señala puede ser entre 5 a 10 minutos aproximados, creemos que no es lo suficiente, para que un niño diga lo que realmente piensa respecto de un tema que le afecte.

### 3. ¿Qué pasa con los niños de 0 a 5 años?

Es fundamental recordar lo señalado por el Comité, respecto a que “el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias” .

Normalmente los niños de 0 a 5 años no son escuchados directamente por un magistrado, ni consejero técnico debido a su madurez; pero sí debemos reconocer que existe un avance en esta materia a través de los informes realizados por Servicio Médico Legal, consistente en una entrevista que se hace al niño, a cargo de profesionales capacitados para poder entender el lenguaje verbal y no verbal que ellos expresan. Si bien la opinión del niño no es apreciada directamente por el juez, al menos mediante de dicho informe se puede inferir la opinión de éste. No obstante, la frecuencia con que se realizan dichos informes no alude a todos los temas que ellos le afecten, sino que generalmente a los relacionados con medidas de protección y cuidados personales, reduciéndose el ámbito de su aplicación. Es por esto que el Comité señala que “si bien muchos niños experimentan dificultades, reconoce especialmente que determinados grupos de niños, sobre todo los niños y niñas más pequeños, así como los niños que pertenecen a grupos marginados y desfavorecidos, enfrentan obstáculos particulares en la realización de ese derecho” .

### **III. TERCER CAPÍTULO: EJEMPLOS DE APLICACIÓN INCORRECTA O INEXISTENTE DE ESTE DERECHO**

En este capítulo explicaremos diversas situaciones en que el derecho a ser oído debió haberse practicado como trámite esencial, incluso como parte de un debido proceso, pero se ignoró completamente, aún siendo temas que afectan directamente al niño, niña o adolescente y que no solo se vulnera este derecho en específico, sino los principios rectores de la Convención.

#### **1. Institución de guardadores de niños o Programa Familia de Acogida.**

Uno de los casos en que evidentemente se afecta al niño y que poco consideran su opinión, es con referente a la institución de los guardadores o familias de acogidas tanto dependientes del SENAME como de organismos colaboradores de éste. Esto, en el sentido que los niños son entregados a estas familias, que normalmente lo que le entregan al niño es amor, creándose lazos importantes entre ellos, al punto de considerarse padres, hijos, hermanos, sobrinos, etc., y de un día a otro son arrebatados de dichas familias para ser entregados a otra, con la que el niño no tiene ningún lazo, sin tomarle consideración alguna a su opinión y sin la posibilidad de optar esta familia a la adopción de este niño, porque la ley no lo permite, vulnerando de esta forma todos los derechos del niño.

El objetivo de la familia de acogida es brindar protección, afecto y atención especializada para reparar el daño de los niños y niñas de 0 a 6 años, y de sus hermanos, que por decisión judicial hayan sido removidos de su familia de origen debido a que sufrieron vulneraciones como abandono, violencia sexual u otras formas de maltrato físico. El niño es reubicado transitoriamente en un entorno familiar alternativo, mientras se restablece su derecho a vivir en una familia definitiva. Las familias de acogida resguardan las necesidades emocionales de cariño y sentimientos de apego, fundamentales para un desarrollo sano, el niño o niña continúa viviendo dentro de una familia y desarrolla un mayor sentido de pertinencia, satisfaciendo sus necesidades básicas y el derecho a vivir, descansar y jugar, en un ambiente sano y feliz .

Nos llama curiosamente la atención que siendo la misma página de SENAME quien señala que estas familias resguardan las necesidades emocionales de los niños, pretendan que se generen lazos afectivos pero al mismo tiempo que se desprendan de estos sentimientos de un día para otro, por la simple decisión de un juez, como si los sentimientos se controlaran de esa forma tanto en las familias como en el mismo niño o niña, siendo arrebatados muchas veces de forma brusca del lado que el niño considera su familia, sin importarle al Estado los lazos que ya el niño o niña generó con esta familia, vulnerándose todos sus derechos.

Consideramos se debe modificar la legislación respecto de este punto, siendo fundamental en primer lugar que estas familias de acogidas tengan la oportunidad de adoptar los niños que acogen, si así ellos lo deciden y en segundo lugar escuchar al principal afectado en estas situaciones, los niños y niñas.

A continuación, transcribiremos las palabras de “Nachito” un niño que fue retirado de su hogar a la fuerza, donde fue acogido durante 5 años, sin siquiera preguntarle su opinión al respecto, sólo porque había llegado el padre adoptante. Esto en base a un video que circula en redes sociales y YouTube llamado “Nachito retirado de su hogar por SENAME de donde se crio con su familia 5 años” . Estas son las palabras que el niño señala, pero qué el juez al parecer no se dio el tiempo de escuchar:

- Periodista: ¿no te quieres ir de aquí?
- Niño: no
- Periodista: ¿aquí está tu casa o no?
- Niño: Sí y no me quiero ir porque esta es mi familia y toda mi familia me quiere.

- Periodista: dime algo, ¿te gustaría quedarte aquí con los papás?
- Niño: sí
- Periodista: ¿Qué te gusta de aquí?
- Niño: mis hermanos, mi abuela y mi familia.
- Periodista: y qué haces tú ¿vas al colegio?
- Niño: sí, pero ya no voy.
- Periodista: ¿y quieres volver al colegio?
- Niño: sí, pero acá en Las Monjas
- Periodista: y a ti ¿te gusta tu casa?
- Niño: sí, aquí está toda mi familia y están todas mis cositas.

Finalmente, Nachito fue retirado de su hogar por orden de una jueza del Juzgado de Familia de San Felipe. Nada se sabe hasta el día de hoy. La familia se hunde en depresión y angustia.

Se nos hace necesario recordar la siguiente observación del Comité donde “considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso, cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto”.

Este es un vivo ejemplo de aquello.

2. Testimonios de niños que estuvieron en el Sename o en sus organismos colaboradores y que no fueron escuchados.

“Me hubiera gustado que el Estado hubiera intervenido en mi familia para no separarnos, pero no lo hicieron. Habernos dado un plazo con mi tía mientras mis papás se rehabilitaban. Creen que la solución es el SENAME, y el SENAME es una mierda. Yo mando a los magistrados a la mierda, ellos no entienden, no lo han vivido. No saben lo que es pasar hambre, frío, dormir en el suelo. Porque hoy vivo en una caleta, pero igual se siente mejor que en el centro, porque hay cariño, compañerismo y afuera estoy libre”.

“Como una niña de dieciséis años le pido al Estado que haga las cosas bien: que hable primero con nosotros antes que con las personas encargadas, porque es muy fácil destruir la vida de un niño. Deben fortalecer la familia. A uno lo mandan al SENAME porque está mal con la mamá, pero ¿Por qué está mal con la mamá? Deben preguntarse más allá.

María (16 años)

“No me parece que el centro haya sido un lugar de reconstrucción, de reparación, porque no me repararon, salí más dañado de lo que estaba. SENAME no se hizo responsable y no me protegieron como ellos dicen. Fue la vivencia más dura, la que marcó mi vida y mató toda mi infancia.

Pedro (19 años)

“El maltrato allí era extremo. No solo por parte de los empleados, también por parte de los propios menores. Ocurrían abusos sexuales y castigos corporales. Nunca me imaginé que se pudiera ser golpeado tan fuerte. No había acceso a la educación ni a servicios de salud. Y usaban un lenguaje militar. También había abuso de poder, como cuando sacaron al chico más grande, le dieron un cucharón y le dijeron que nos golpeará lo más duro que pudiera. Todos nosotros llorábamos por los golpes y la persona a cargo simplemente reía. Me da cuenta que estaba solo, que solo podía contar conmigo mismo y que aquello en lo que me iba a convertir dependía de mí”

“Tenía un trabajador social con el que podía hablar y al que quejarme. Así que sabían todo lo que estaba pasando, PERO NO NOS ESCUCHABAN”.

Claudio Yáñez

Queda en evidencia que estos adolescentes no fueron escuchados, vulnerándose sus derechos. ¿Cómo podemos permitir que ocurran estas cosas, si supuestamente se fiscalizan estos organismos? No decimos que todos sean así, pero ni siquiera debiese existir un grupo reducido, esto no debe ocurrir. Una de las misiones del SENAME es contribuir a la promoción, protección y restitución de derechos niños, niñas y adolescentes vulnerados, pero eso es muy cuestionable.

Muchas veces los niños son escuchados cuando se interponen medidas de protección a su favor, porque el padre o madre está vulnerando sus derechos, pero ¿quién puede interponer una medida de protección en contra del SENAME y sus organismos

colaboradores y así permitir que los NNA sean escuchados? Al parecer falta ampliar la legislación a casos como estos.

Lo que queda claro, es que estos NNA no han sido escuchados, ni por las personas que están encargados de ellos, ni por lo que los fiscalizan, ni por los tribunales, y si han sido escuchados, al parecer su opinión no ha sido tomada en cuenta.

#### **IV. CUARTO CAPÍTULO: PROPUESTA DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO.**

##### **1. Ampliación en la legislación para ejercer este derecho.**

Si bien, como ya lo señalamos, nuestra legislación contiene una amplia regulación referente a este tema, no es lo suficiente. Hay que derribar las barreras que en la práctica lo limitan y esto se podría solucionar estableciendo este trámite como obligatorio para todos los jueces de familia, que en verdad sea una consideración primordial para ellos respetar este derecho. Que tengan presente (los que aún no lo tienen), la importancia que significa escuchar a un niño referente a temas que le afectan, sin vulnerar de esta forma sus derechos.

Otro aspecto que podría garantizar este derecho, sin lugar a duda, es un ambiente apropiado para que el niño o niña dé a conocer su opinión. Normalmente los lugares donde se le pregunta al niño por su opinión son los mismos tribunales de familia y la misma sala donde se llevará a efecto la audiencia minutos después, consideramos que para ciertos niños dicho lugar puede ser incluso hasta intimidatorio, optando por no decir lo que en realidad piensa referente al caso. Lo ideal para nosotras sería que se citara al niño, niña o adolescente, unos días antes de juicio, en un ambiente adecuado para la edad que tenga, y con profesionales que sepan interpretar su lenguaje físico y verbal. Sabemos que esa tarea corresponde actualmente a los consejeros técnicos, pero no siempre se da en el lugar adecuado. Otro punto importante es que dicha labor se delega normalmente en estos funcionarios, no siempre estando presente el juez, que es quien finalmente decide; por lo que consideramos debiese ser imprescindible su asistencia a dicha audiencia, para que pueda tener una apreciación real de lo que el niño está expresando, independiente de lo que después pueda llegar a su conocimiento con la opinión del consejero técnico o los informes del Servicio Médico Legal, lo más óptimo siempre será que él también pueda tener una apreciación directa de lo que el niño opina.

De ninguna manera pensamos, que lo que el niño dice es lo que hay que hacer, pero si es muy importante considerar su opinión para resolver un asunto que le afecte directamente. Finalmente es él quien se verá favorecido o perjudicado con lo que se decida respecto de su situación. En ocasiones tendrá la razón, en otras no, quizás estará siendo manipulado, pero de todo esto se podrán dar cuenta, si lo escuchan en un ambiente apropiado y directo para dichos fines.

## 2. Mayor capacitación para jueces y curadores ad-litem para tratar con niños.

Es debido a lo anterior, que consideramos que debe existir una mayor capacitación en los jueces de familia, si bien hoy en día existe una capacitación, ésta se debe reforzar en todo lo que esté relacionado con los niños, sus derechos, la psicología de ellos, etc., para así poder tener una mejor apreciación directa de la opinión que ellos puedan expresar tanto verbal como no verbal. Estar capacitados no solamente para entender a un niño de 8 años de edad y más, en donde se expresen bien verbalmente, sino que también tener la capacidad de interpretar el lenguaje no verbal que puedan expresar niños menores de 8 años. Y esto complementarlo con la opinión y trabajo realizado por los demás profesionales, que principalmente serán psicólogos, como por ejemplo los del Servicio Médico Legal, consejeros técnicos, o de alguna institución privada calificada. Pero urge una capacitación mayor en este sentido, que realmente se consideren los niños como personas dentro de un juicio, permitiéndoles ser escuchados. Uno de los objetivos de la Convención de los Derechos del niño, es precisamente este, que ya no se miren los NNA como objetos, sino como parte en un juicio.

## 3. Reformas en infraestructuras para que el ambiente en que se desarrolla este derecho no sea intimidatorio.

Otro defecto que señalamos fue referente al ambiente donde se desarrolla este derecho, que es normalmente en las audiencias confidenciales. Nos gustaría recordar lo que señala el Comité de los Derechos del niño referente a este tema: “No se puede escuchar eficazmente a un niño, cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”.

En nuestro sistema, consideramos que esta área se puede mejorar, ya que por lo general las audiencias confidenciales son tomadas en la misma sala de audiencia donde unos minutos más tarde entran las partes a juicio, es decir, dicha sala no es del todo apropiada a nuestro parecer para que el niño de su opinión, gente con vestimenta formal, etc., puede que resulte un ambiente intimidatorio, insensible e inadecuado para el niño dependiendo de su edad, lo que podría incluso influir en si es que el niño o niña decida o no opinar respecto al tema. Puede que el niño tenga una opinión respecto al tema, pero frente al ambiente que existe, decida no pronunciarla. Entonces, es de esta forma, que también consideramos se limita el derecho del niño a ser oído. Proponemos que exista una reforma en la infraestructura de los tribunales de familia, donde exista una obligatoriedad y mejora en la utilización de las salas especializadas llamadas Gesell, las cuales se han adecuado especialmente para que el niño pueda ser entrevistado y este se sienta con plena libertad de hablar. Y no hablamos solamente de una sala llena de juguetes, ya que eso podrá ser adecuado para niños de cierta edad, pero no así para los adolescentes.

## **CONCLUSIÓN**

El objetivo de nuestro trabajo ha sido mostrar una perspectiva de la doctrina y jurisprudencia, respecto del derecho del niño a ser oído en los Tribunales de Familia, para demostrar el contraste entre ambos.

Como ya lo hemos analizado, queda en evidencia que pese a los avances que han existido en esta materia tanto a nivel mundial como estatal, aún falta progresar, y no tanto en la legislación o la doctrina, sino más bien en la práctica.

Queda evidenciado que pese a las reiteradas ocasiones en que las Cortes Internacionales han fallado a favor del Derecho del niño a ser oído, y las múltiples observaciones que hace el Comité de los Derechos del niño en general y cada Estado, aún no se considera como prioridad en algunos de nuestros tribunales, y no por el hecho que falte legislación al respecto, sino porque lo que más falla es la aplicación de dicho derecho en la práctica. Ejemplo de esto es que algunos magistrados aún no consideran que el derecho del niño a ser oído sea un trámite esencial respecto de los temas que le puedan afectar, por ende, urge la necesidad de que los jueces de familia comprendan la importancia de llevar a efecto este derecho cada vez que una situación le afecte directamente a un NNA, y una vez

comprendido, consideramos que se darán cuenta de la importancia de cada una de las observaciones que hace el Comité de los Derechos del niño en favor de la mejor garantía de este derecho, entre estas mejoras en las infraestructuras, mayor capacitación del personal, obligatoriedad de escuchar al NNA en cada asunto que le afecte, apreciación directa por el juez de la opinión del NNA, entre otras.

Siempre es necesario además recordar que estamos tratando con personas, no con objetos, personas que, como tal, tienen derecho a emitir su opinión, sobre todo respecto de un tema que les pueda afectar (y ojalá en un lugar que les de confianza para hacerlo y con un tiempo prudente). Y tener presente que quizás dicha opinión no siempre será verbal, de ahí la importancia de la apreciación directa e inmediata del juez, para poder resolver de la mejor manera la situación, considerando primordialmente el interés superior del NNA, y no delegando dicha función en otras personas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### DOCTRINA:

\_\_AGUILERA CHAPARRO, GONZALO ( 2010): “Del derecho del niño a ser oído y del derecho a la defensa jurídica de los niños, en el actual ordenamiento jurídico familiar: Breves comentarios sobre algunos tópicos jurídicos y acerca del rol del abogado representante del niño, niña o adolescente”. En: Espejos de Infancia, Análisis e intervenciones en violencia infantil, Valentina Arredondo, Edgardo Toro (comps). Fundación Paicabi, Valparaíso.

\_\_ CARRETA MÚÑOZ, FRANCESCO (2018): “El Derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: La Esencialidad Del Derecho V/S La Esencialidad Del Trámite De la Audiencia Confidencial”. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 45.

\_\_COUSO SALAS, JAIME (2006): “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”. En Revista de Derechos del Niño, Núm. 3 y 4.

\_\_CUEVAS GARCÍA, MARÍA GABRIELA (2004): “Derecho a la participación del Niño y del Adolescente”. En: V jornadas sobre la LOPNA. Cuarto Año de Vigencias de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Cristóbal Corneles, María Morais de Guerrero(coords). UCAB, Caracas.

\_\_\_ETCHEBERRY COURT, LEONOR & FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO (2017): “El Derecho de los Niños a Ser Oídos”. En: Constitución política e infancia: una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile, UNICEF (ed.). Santiago de Chile.

\_\_\_EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE (1999): Los Derechos Constitucionales., t. II, 2ºed, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

\_\_\_FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO & GARCÍA ODGERS, RAMÓN (2015): “Entre la opacidad y la irreflexión: A propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia”. En Revista Chilena de Derecho, vol. III, Santiago de Chile.

\_\_\_GONZÁLEZ DÍAZ, MARIO (2005): “Derecho a Defensa en la Legislación Chilena”. Tesis (grado). Universidad Arturo Prat. Iquique.

\_\_\_HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, PILAR (2014): “El Derecho del menor a ser oído en un procedimiento judicial”. En El Jurista. Tarragona. Recuperado de <http://www.eljurista.eu/2014/02/10/el-derecho-del-menor-a-ser-oido-en-un-procedimiento-judicial/>.

\_\_\_ MORENO CONCHA, ROSARIO (2018): “Huellas Imborrables: Testimonios de niños, padres, jueces, gendarmes, directores y funcionarios de centros del Sename”, 1ª Ed., Planeta, Santiago de Chile.

\_\_\_ SALUM ALVARADO ELENA, SALUM ALVARADO SARA & SAAVEDRA ALVARADO RICARDO (2015): “Derecho de los Niños y las Niñas a Ser Oídos en Los Tribunales de Familia Chilenos: La Audiencia Confidencial”. En Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, vol.XXVI, núm N°2, Costa Rica.

\_\_\_ TRONCOSO VERGARA, MARÍA & PUYOL WILSON, CAROLINA (2014): “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en tribunales de familia: una aproximación psicojurídica”. En Praxis Revista de Psicología, núm N°25. Santiago de Chile.

\_\_\_ VARGAS PAVEZ, MACARENA & CORREA CAMUS, PAULA (2011): “La Voz De Los Niños en La Justicia De Familia de Chile”. En Revista Ius et Praxis, vol. XVII, núm N°1. Talca, Chile.

#### JURISPRUDENCIA NACIONAL:

\_\_ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3113-2016, de fecha 13 de abril de 2017.

\_\_ Sentencia de la Corte Suprema. Rol N° 42.527-17, de fecha 14 de mayo de 2018.

#### JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL:

\_\_ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ramírez Escobar y Otros Vs Guatemala, de fecha 9 de marzo de 2018; Disponible en: <https://app.vlex.com/#CL/vid/730752705> .

#### DOCUMENTOS:

\_\_ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009): Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado. [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/12.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf). [consulta en línea 21 de julio de 2018].

\_\_ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007): Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención: Observaciones finales Chile. <http://acnudh.org/comite-de-los-derechos-del-nino-crc-chile-2007/>. [consulta en línea 21 de julio de 2018].

\_\_ UNICEF BOLIVIA (2014): Al cumplirse el 25 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, aún existen tareas pendientes para garantizar la seguridad y supervivencia de la niñez. [https://www.unicef.org/bolivia/media\\_28397.html](https://www.unicef.org/bolivia/media_28397.html). [consulta en línea 21 de julio de 2018].

\_\_ DEFENSORÍA DEL PÚBLICO (2014): La Convención de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. <http://defensadelpublico.gob.ar/la-convencion-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes/>. [consulta en línea 21 de julio de 2018].

\_\_ SERVICIO NACIONAL DEL MENOR (2018): Programa Familias de Acogidas.<http://www.sename.cl/web/programa-familias-acogida-fa/> [consulta en línea 21 de julio de 2018].

NORMAS JURÍDICAS:

\_\_CHILE. LEY N°19.968, Crea los Tribunales de Familia.

\_\_CHILE. LEY N°20.379, Crea el Sistema Intersectorial de Protección Social e Institucionaliza el Subsistema de Protección Integral a la Infancia “Chile Crece Contigo”

\_\_CHILE. LEY N° 20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar.

\_\_CHILE. LEY N° 16.984, Modifica el Código del Trabajo para Abolir el Trabajo de los Menores de Quince Años.

\_\_CHILE. LEY N° 18.120, Establece Normas Sobre Comparecencia en Juicio y Modifica los Artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales.

\_\_CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

\_\_CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

\_\_ESPAÑA. CÓDIGO CIVIL .