ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA

El presente número de la revista, dedicado a "El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina" se enmarca en el Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia (GIUV 2013-101), con cuyos fondos se financia su edición.

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Dirección web: www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es
Diagramación:
Elias On
elias.on@live.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL JUICIO DE FAMILIA. EL MITO DEL DERECHO A SER OÍDO

CHILDREN'S PARTICIPATION IN FAMILY JUDGMENT. THE MYTH OF THE RIGHT TO BE HEARD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 770-793

Cristián LEPIN y
Belén LAMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 26 de julio de 2020

RESUMEN: Este trabajo analiza la participación de los niños, niñas y adolescentes en los juicios de familia, teniendo como parámetro las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales, que garantizan el derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales en que se resuelvan materias que le conciernan. Los autores parten de la base que, a partir de la entrada en vigencia de la Convención y el cambio de paradigma del niño como sujeto de derecho, la participación de los niños, niñas y adolescentes, debe entenderse como un derecho subjetivo que cada niño puede ejercer o no, en consideración a su autonomía progresiva y su interés superior. Por lo que el tribunal de familia debe considerarlo como parte del proceso, concretándose como una manifestación del debido proceso legal.

PALABRAS CLAVE: Derecho a ser oído; derecho de participación; juicio de familia; infancia.

ABSTRACT: *This work analyzes the participation of children and adolescents in family trials, taking as a parameter the norms of the Convention on the Rights of the Children and other international instruments, which guarantee the right of the child to be heard in judicial proceedings in to resolve matters that concern him. The authors start from the basis that since the entry into force of the Convention and the paradigm shift of the child as a subject of law, the participation of children and adolescents, should be understood as a subjective right that each child can exercise or not, in consideration of their progressive autonomy and best interests. Therefore, the family court must consider it as part of the process, materializing as a manifestation of due process of law.*

KEY WORDS: R*ight to be heard; right to participation; family trial; childhood.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAMBIO DE PARADIGMA: EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN A SUJETO DE DERECHO.- III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A SER OÍDO.- IV. AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO.- V. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO.- VI. FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA CHILENO.- VII. MATERIAS EN QUE SE DEBE ESCUCHAR A LOS NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES.- VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El cambio de paradigma del niño de objeto de protección a sujeto de derecho consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño y los intrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes nos conducen a revisar cómo se materializa el derecho a ser oído en los procedimientos judiciales en el ordenamiento jurídico chileno.

Para realizar nuestro análisis recurrimos a la evolución histórica de los derechos de los niños, la revisión de los instrumentos internacionales que consagran este nuevo estatuto, su relación con la autonomía progresiva, y su naturaleza jurídica y contenido.

Luego, analizamos las formas en que se materializa la participación de los niños en juicio y las materias en que deben ser escuchados.

La concepción de los derechos de los niños como derechos humanos fundamentales, que deben considerar su opinión y la participación en la construcción de las decisiones que afecten su vida, elemento central para ser considerado efectivamente sujeto de derecho.

II. CAMBIO DE PARADIGMA: LA NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN A SUJETO DE DERECHO.

La Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, luego de haber sido ratificada por los veinte Estados necesarios para ello.

• Cristián Lepin Molina
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, correo electrónico: clepin@derecho.uchile.cl.

• Belén Lama Gálvez
Ayudante de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, correo electrónico: blama@derecho.uchile.cl.

Así, por primera vez en la historia del derecho internacional, los derechos de la infancia son incorporados en un tratado con fuerza obligatoria para todos aquellos Estados que los ratifiquen, a diferencia de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959[1], que se quedaba en tan sólo un pliego de buenas intenciones. Al mismo tiempo, con esta Convención, se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular[2], que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones y pasó a predominar la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino[3].

Con el término "doctrina de la protección integral" hacemos referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto fundamental en la consideración social de la infancia. Así, esta doctrina aparece representada por cuatro instrumentos básicos: a) La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; b) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); c) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad; y d) las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). No caben dudas de que, de todos estos instrumentos, la Convención constituye el más importante, en la medida en que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa[4].

Por su parte, el 28 de agosto de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en ejercicio de su función consultiva prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[5] –, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió la Opinión Consultiva 17 a la que denominó "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"[6]. De tal

1 La Declaración de los Derechos del Niño fue aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386 (XIV), y de manera unánime por los 78 Estados Miembros de la ONU. Este instrumento, se convierte en la primera Declaración Universal en el ámbito de las Naciones Unidas sobre un grupo de seres humanos, la que, en diez principios, otorga una mayor cobertura a los derechos consagrados en la anterior, mejorando su sistematización desde el punto de vista jurídico.

2 La esencia de esta doctrina, se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los "menores". La indistinción entre menores abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido, la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas. García Méndez, E: *Infancia. ¿Hacia dónde van sus derechos?*, Ediciones Didot, Argentina, 2017, pp. 95-96.

3 Lama Gálvez, B: *El derecho del niño, niña y adolescente a vivir en familia*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, p. 44.

4 *Ibidem*, pp. 99-100.

5 Art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

6 Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf

forma, y por primera vez en ejercicio de su función consultiva, la Corte, en sus párrafos 28[7] y 41[8], reconoció al niño como sujeto de derecho. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no flaquea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes, y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección. Así, este cambio de paradigma necesitaba de la jurisprudencia internacional y no sólo de la reforma legal, la cual muchas veces queda circunscrita en tan solo una declaración de buenas intenciones.

En este sentido, el sistema de la protección integral se origina con la Convención sobre los Derechos del Niño, con instrumentos de protección de derechos humanos y con otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado ciertos tratados, representan la intención de la comunidad internacional en esta materia. No resulta posible dar una definición exacta de qué significa protección integral de los derechos de los niños; sin embargo, sí podemos afirmar que protección integral es protección de derechos. En ese sentido, el cambio con la doctrina de la situación irregular es radical e impide considerar a cualquier ley basada en esos principios como una ley de protección integral[9].

La Convención sobre los Derechos del Niño es el pilar de esta doctrina. Si bien esta normativa no es la primera en el orden cronológico, tuvo el mérito de llamar la atención sobre el manejo arbitrario de la infancia. Planteó una percepción radicalmente nueva del menor, otorgándole una precisa categoría jurídica, y abandonando el discurso pseudo-proteccionista que lo tomaba como una vaga categoría social y utilizaba eufemismos para tapar un sistema punitivo sin límites ni garantías[10].

Ahora bien, el paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral ha sido explicado por algunos autores en la vinculación entre

7 Párrafo 28 de la Opinión Consultiva 17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Por lo que toca al citado art. 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.

8 Párrafo 41 de la Opinión Consultiva 17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana

9 Lama Gálvez, B: *El derecho*, cit., p. 58.

10 Diaz Cortes, L: *Introducción al Derecho Penal Juvenil*, Colección de Estudios Penales, Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 126-127.

infancia y democracia. Así, la evolución del derecho para la infancia ha coincidido con los avances que se han tenido en torno a la democracia. Prueba de esto es que, con la reducción de los niveles de discrecionalidad del Estado propios del modelo tutelar, vino un crecimiento de espacios reales de la democracia que, en materia de Derecho Penal Juvenil, se manifestó en un modelo garantista que tomaba como punto de partida el niño como "sujeto de derechos". Por esta razón, no es novedad que la doctrina de la situación irregular tuviera un fácil acomodo en los gobiernos autoritarios imperantes[11].

Para Gómez de la Torre, la doctrina de la protección integral tiene como elemento fundamental la consideración del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y de persona en desarrollo, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. Además, bajo esta doctrina los niños, niñas y adolescentes poseen derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, al mismo tiempo, los derechos especiales derivados de su condición, según los cuales hay que otorgarles medidas especiales de protección[12].

Para Cillero, esta doctrina abarca, tal como su nombre lo indica, "todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia"[13].

Para Beloff, el reconocimiento y protección de los derechos de los niños se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de menores[14].

De este modo, la Convención sobre los Derechos del Niño propició una forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos, mediante el reconocimiento de todo niño -en tanto persona- como sujeto social de derechos, en un contexto democrático que facilita su interacción en la familia y en la sociedad, materializada en la doctrina de la protección integral[15].

En definitiva, la doctrina de la protección integral se sustenta en dos pilares: 1. La exigibilidad y 2. El interés superior del niño. En consonancia con ello, la concepción de la infancia basada que aquí se adopta se funda en los siguientes principios 1. El

11 *Ibidem*, p. 128.

12 Gómez de la Torre Vargas, M: "El nuevo derecho de la niñez", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp.435-436.

13 Cillero Bruñol, M: "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el grupo familiar*, núm. 10, Delta Editora, Paraná, 1999, p. 33.

14 Beloff, M: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 36.

15 García Méndez, E: "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", en AA.VV.: *Infancia, ley y democracia en América Latina* (compiladores E. García y M. Beloff) Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998, p. 25.

reconocimiento de los niños como titulares de derechos y 2. El reconocimiento de la niñez como una etapa específica e indispensable del desarrollo humano[16]. De esta forma, protección integral significa protección de derechos; e interés superior del niño significa satisfacción de esos derechos.

Siguiendo a Beloff, una legislación basada en un marco de protección integral contiene las siguientes características:

a) Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio de éstos.

b) Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, "por lo que no tienen, no saben o no son capaces", y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho.

c) De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para "menores".

d) Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen las personas más un plus de derechos específicos, precisamente por reconocerse el hecho de que están en crecimiento. De ahí que, de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

e) Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia), estando limitado en su intervención por las garantías.

f) En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos según la Constitución y los instrumentos internacionales pertinentes, más las garantías específicas. La privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave[17].

16 Gil Dominguez, A, Fama, M. y Herrera, M: *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 21.

17 Beloff, M: "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago, 1999, núm. 1, pp. 16-20.

III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO.

La Convención recoge, en sus primeros 41 artículos[18], los derechos de todos los seres humanos menores de 18 años que se deben respetar y proteger, exigiendo que se apliquen a la luz de los principios rectores de la misma. Los principios rectores de este instrumento son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el derecho a la participación u opinión del niño.

Este derecho, consagrado en el art. 12[19] de la Convención, consiste en la obligación de los Estados de garantizar a todo niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión, teniéndose debidamente en cuenta ésta, de acuerdo con su edad y grado de madurez. Este derecho es uno de los pilares fundamentales donde se asienta la concepción del niño como sujeto de derechos.

Así, en la práctica, debe extenderse a asegurar su debida defensa, siendo obligación de los Tribunales asegurar la garantía del debido proceso, designando un curador *ad litem* en su representación, con anterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria[20].

El derecho a opinar y ser oído es una de las formas en que se instrumenta en la práctica el principio de los niños como sujetos activos de derecho, o, en otras palabras, como sujetos plenos de derecho. He aquí su importancia fundamental[21]. De esta manera, se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que este lugar debe ser respetado[22].

18 Esto, ya que de los arts. 42 al 54 de la Convención se analiza la aplicación de los derechos consagrados por este instrumento, y se explica la manera en que los gobiernos, y organizaciones internacionales como UNICEF, colaboran para asegurar la protección de los derechos de la infancia.

19 Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. Los Estados Parte 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.

20 Gómez De La Torre Vargas, M: *Sistema filiativo. Filiación biológica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 114-115.

21 Perdomo, J: "El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre los derechos del Niño y la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes", en AA.VV.: *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales*, *Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial*, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela, 2008, p.21.

22 Grosman, Polakiewicz y otros: *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1998, p.40.

Se hace necesario destacar la importancia que le otorga la Convención al derecho a opinar y a ser oído del niño en el ámbito de los procedimientos administrativos y judiciales, precisamente donde suelen tomarse decisiones de especial trascendencia sobre su vida, al ordenar expresamente que debe ser incluido y desarrollado en las leyes nacionales en materia procesal. Es por ello que este tratado internacional incorpora este derecho dentro de las garantías fundamentales del debido proceso de los niños, niñas o adolescentes[23].

No solo la Convención ha consagrado este derecho, sino que el Comité de los Derechos del Niño, con el propósito de dar a conocer el contenido de este instrumento, elabora el año 2009 la Observación General núm. 12, en donde se refiere específicamente al derecho del niño a ser escuchado, cuya finalidad es colaborar con los Estado Parte en la aplicación electiva del art. 12 de la Convención. Así, el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. Refiere, además, que las leyes internas de los Estados no deben limitar el ejercicio del derecho a ser oído y deben apuntar a garantizar un procedimiento justo. El niño no sólo debe ser escuchado como parte de un juicio, sino también en procesos que conozcan materias de su interés, donde la decisión que se tome le afecte de alguna manera[24].

IV. AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE.

Esta nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica[25].

Para Kemelmajer y Molina[26] el nuevo régimen de capacidad prescinde del tradicional binomio capacidad-incapacidad y se asienta en el principio constitucional convencional de la autonomía progresiva de la niña, niño y adolescente para el ejercicio pleno de sus derechos, contenidos en los arts. 3°, 5° y 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

23 Perdomo, J: "El derecho", cit., p.25.

24 Ahumada Bisquett, O.: "Rescatar la voz de los niños, niñas y adolescentes: propuesta de modelo de representación jurídica desde el enfoque de los derechos humanos", en AA.VV.: *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2020, p. 250.

25 Cillero Bruñol, M: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en AA.VV.: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 4.

26 Kemelmajer, A. y Molina, M: "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", Disponible en: http:// colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participación-delniño-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 5°[27], establece el principio de la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes, señalando que la autonomía de éstos deberá ir de acuerdo con la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que puedan ejercer sus derechos.

De esta forma, el ejercicio progresivo de tales derechos implica que los niños van adquiriendo capacidad para ejercitarlos a medida que se van desarrollando como personas, no señalando una edad fija a partir de la cual éstos pueden ejercerlos, sino que evaluando el desarrollo de cada niño o niña en particular. Este desarrollo estará estrechamente relacionado con los procesos de maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños y niñas adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus propios derechos[28].

Así, desarrollando sus capacidades y de acuerdo con su edad, el niño toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado, adquiriendo una autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos[29].

Por su cuenta, a los padres o personas que estén a su cargo les tocará dirigir y orientar al niño o niña para que pueda ejercer sus derechos, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que les otorgan. Estos ajustes deben tener en cuenta los intereses y deseos del niño, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Es decir, la autonomía es inversamente proporcional a la orientación de los padres: a menor autonomía del niño, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a su cargo[30].

El principio del interés superior del niño se encuentra muy ligado a la autonomía progresiva. Este, se encuentra establecido en el art. 3°[31] de la Convención, y ha

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

28 Gómez De La Torre Vargas, M. "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho UCUDAL*, año 14, núm. 18, Uruguay, 2018, pp. 119-120.

29 Laino, S: "Autonomía progresiva de la voluntad. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia", *UNICEF*, Montevideo, 2012, p. 17.

30 Gómez De La Torre Vargas, M. "Las implicancias", cit., p. 120.

31 Art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado

llegado a ser considerado como "principio rector-guía" de la misma, por cuanto debe ser respetado en todas aquellas decisiones tomadas por las autoridades que afecten a los niños, niñas o adolescentes. De esta manera, los Estados Partes deben comprometerse a asegurar a las niñas, niños y adolescentes su debida protección, tomando para ello las medidas que sean necesarias, asegurándose de que las instituciones o servicios encargados del cuidado y protección de los mismos, cumplan con las normas establecidas. Pero, ¿qué entendemos por interés superior del niño? Cillero lo ha definido como la plena satisfacción de sus derechos, por tanto, el contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho en este caso se identifican[32].

Así, la autonomía progresiva se relaciona con este principio, en cuanto el interés superior del niño se materializa en la medida que éste ejerce sus derechos de manera progresiva, tomando en cuenta la evolución de sus facultades y el deber de los padres y demás responsables de impartir la orientación y apoyo debidos para concretar su interés superior.

No solo con el interés superior del niño se relaciona la autonomía progresiva, sino que también, con su derecho a la participación en juicio y a ser oído. Así, es la propia Observación General núm. 12, en su párrafo 20[33], la que expone que los Estados Partes deberán garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, y que esto último no debe verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones, por el contrario, deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas.

Sin embargo, muchas veces el derecho del niño a ser oído no está garantizado de manera efectiva. Eso, pues los procedimientos judiciales no son diseñados

que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

32 Cillero Bruñol, M: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño", *Justicia y Derechos* del Niño, núm. 1, p. 78.

33 Observación General núm. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, párrafo 20: "20. Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad."

considerando las características específicas de la infancia, existiendo diversas barreras de acceso a la justicia cuando una niña, niño o adolescente participa en un proceso judicial, encontrándose enfrentado a un lenguaje complejo, inmerso en espacios ajenos a su experiencia e incluso intimidantes por estar vinculados con la justicia[34].

V. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO.

Determinar la naturaleza jurídica es establecer la calificación de una institución, es decir, fijar si corresponde o no a una figura jurídica existente en el ordenamiento jurídico con la finalidad de poder aplicar las normas supletorias o poder llenar los vacios legales. En defintiva tiene importancia a efectos de poder aplicar o interpretar la institución en un caso concreto.

Para efectos de nuestro estudio, nos parece importante determinar si el derecho del niño a ser oído, es propiamente un derecho subjetivo o es un principio que debe orientar la labor judicial y administrativa al resolver una materia que concierna a un niño, niña o adolescente.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 12[35] señala expresamente que los Estados deben garantizar el "derecho" del niño a expresar su opinión en todas aquellas materias que le afecten. En cambio, la Observación núm. 12 del Comité de Derechos del Niño[36] y la legislación de familia chilena lo reconoce como un principio general o un principio rector que debe orientar la labor del juez[37].

34 Fernández Espinoza, W: "La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial", *Vox Juris*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú, 2017, pp. 172-173.

35 Art. 12 de la Convención sobre 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".

36 Observación General núm. 12, p. 5 núm. 2: "El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos".

37 Art. 16 inciso 2° Ley núm. 19.968 que crea los Tribunales de Familia: "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".

De lo señalando surgen un par de interrogantes que intentaremos responder: ¿Se trata de un derecho o de un principio? ¿tiene importancia su determinación?

En cuanto a la primera cuestión, es necesario aclarar que es un derecho subjetivo y que es un principio. Así, en términos generales se puede decir que derecho subjetivo es la facultad para exigir el cumplimiento de la ley o una norma, en cambio, los principios son normas jurídicas que tiene una textura abierta, que dan una orientación clara y precisa al juez para resolver un conflicto sometido a su conocimiento[38].

De lo señalado resulta que no son términos equivalentes. Reconocer el derecho del niño a ser oído como un derecho, implica reconocerle la facultad de ser parte de la decisión que se tome respecto de su persona o intereses, a diferencia de considerarlo como un principio, que se trata de una norma jurídica que entrega una orientación al juez de familia, como ocurre con el interés superior del niño, que le entrega un margen de discrecionalidad al juez para resolver el conflicto. Es decir, más allá que se trate técnicamente de naturaleza jurídica distinta, el efecto vinculante para el juez es además diverso, y en esto nos parece radica la importancia de la distinción. En el primer caso, el juez se encuentra obligado a generar el espacio y la oportunidad para que los niños participen en el proceso judicial, ya que se trata de un derecho subjetivo.

Lo particular de este derecho es que se reconoce para los niños considerados individualmente y en forma colectiva, es decir, que se debe garantizar también a los grupos de niños que pueden integrar un curso, una comunidad, un barrio, un colegio, un equipo deportivo, una religión, etnia, etc[39].

¿En qué consiste el derecho del niño a ser oído? según lo dispuesto en el citado art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben garantizar el derecho de los niños a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten. Es decir, los Estados parte de la Convención deben establecer los mecanismos que garanticen a los niños poder participar en los procedimientos en que se ventilen asuntos que le conciernan.

Esta norma, además, establece dos condiciones, primero, que el niño, niña o adolescente esté en condiciones de formarse un juicio propio y que se trate de materias que le afecten. Por último, establece un segundo deber para el juez de tomar debidamente en cuenta la opinión de los niños en función de la edad y madurez.

38 *Cfr.* Lepin Molina, C: "Los nuevos principios del derecho de familia" *RChDP* [online], núm. 13, Santiago, 2014, [citado 2020-06-20], pp. 9-55.

39 Observación General núm. 12 Comité de los Derechos del Niño, p. 7 núm. 9, disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf.

Este derecho de participación en las decisiones que afecten su vida, se encuentra garantizado no sólo para los procedimientos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos que afecten al niño. Eso sí, la Convención se encarga de dejar a la legislación nacional la fórmula que se utilizará para cumplir este objetivo, así como la forma en que participarán los niños en el procedimiento, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

VI. FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA CHILENO.

Lo prescrito en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño nos obliga a analizar la forma en que debemos escuchar a los niños, así pueden participar directamente, a través de su representante, o por un órgano apropiado. En este punto la Convención sobre los Derechos del Niño nos remite al derecho interno, donde los niños pueden participar directamente, considerando su edad y madurez, o a través de su representante, que podría ser un curador *ad litem* o un abogado del niño, o a través de un órgano apropiado, que en la legislación interna puede ser el consejero técnico o podrían considerarse también, a nuestro parecer, los peritos que participen en juicio.

La primera forma de participación, parece ser la ideal, que el niño pueda comparecer personalmente a expresar su opinión directamente al juez, lo que en Chile se materializa en algunos casos, por medio de la denominada audiencia reservada, la que no se encuentra regulada, y que resulta ser una práctica arraigada en los tribunales de familia.

1°) La audiencia reservada[40] se fija en la audiencia preparatoria de juicio, conjuntamente con las diligencias probatoria, ordenando que los niños concurran al tribunal y sean escuchados por la jueza o juez que conduzca la audiencia de juicio, en algunas ocasiones en presencia de un curador *ad litem* y un consejero técnico, y en otros con la asistencia de este último. Recordemos que los consejeros técnicos normalmanente son asistentes sociales, y en algunos casos, psicólogos.

La experiencia chilena conoce de dos prácticas relativamente recientes en cuanto a la audiencia reservada de niños, niñas o adolescentes. La primera de ellas se refiere al sistema de perros judiciales, que se encuentran especialmente adiestrados para dar apoyo emocional a niños que participen en los procesos judiciales[41]. En este sentido, Martínez explica que "estos perros que dependen

40 Fuentes Maureira, C. y García Odgers, R.: "Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia", *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 55 y ss.

41 Martínez, P: "Sistema de perros de asistencia judicial. Hacia una humanización del Proceso Penal y de Familia. Experiencia comparada. El caso de Chile", *Revista Jurídica Región Cuyo,* Argentina, núm. 4, mayo, 2018, en que señala "el sistema de perros de asistencia judicial consiste en la utilización de perros profesionalmente entrenados, en los juzgados penales y de familia, para proporcionar apoyo emocional a

del Poder Judicial, tienen como función, acompañar a niñas, niños, adolescentes y adultos en las audiencias reservadas ante los jueces. Es un servicio judicial gratuito, que se solicita ante la Unidad de Atención al Público del Tribunal respectivo. También, este servicio funciona a requerimiento del juez, si considera que, en un caso concreto, es necesario por la trascendencia de las cuestiones objeto de debate en el proceso judicial, sobre todo cuando intervienen menores en aras de la defensa del interés superior del niño. Es un servicio más de los juzgados".

En la práctica judicial, se encuentra operando desde el año 2010, en que la perrita Peseta se incorpora a colaborar en el Primer Juzgado de Familia de Santiago. Según señala la misma autora, comparece "como una funcionaria más, Peseta tiene labores definidas, un horario (lunes de 9.30 a 12.30 de la mañana), uniforme de trabajo, vacaciones y licencias por enfermedad y llega acompañada por sus entrenadoras y su hija Rayén. Su oficina propia está junto a las salas de audiencia, e incluso aparece en la foto institucional del primer Juzgado de Familia"[42].

Otra práctica, más reciente, es la implemetación de las salas Gesell para tener un espacio apropiado para poder escuchar a los niños. La experiencia piloto parte el año 2010, pero encuentra regulación a través del Auto Acordado núm. 237-2014 de la Corte Suprema[43], haciendo su uso generalizado e implementando salas en los distintos tribunales de familia del país.

Según Carreta "en el ordenamiento jurídico chileno, para cumplir con esa finalidad, en los tribunales de familia se ha incorporado una sala especial denominada Gesell. Dicha infraestructura lleva cerca de seis años de implementación. Consiste en una pieza que posee un vidrio oscurecido que separa el espacio en dos. En un sector, generalmente se sitúa el juez con los funcionarios encargados del monitoreo informático, el control de video y audio, y en el otro, el niño con un profesional idóneo. El ambiente es ornamentalmente acondicionado para un infante y desde él no le es posible ver a quienes se encuentran detrás del espejo. No obstante, la mayoría de las veces se le informa de aquella circunstancia al niño"[44].

Si bien esta práctica ha implicado una importante inversión en infractura por parte del Poder Judicial chileno, se ha cuestionado en cuanto al principio de inmediación. Así, el mismo autor señala que "la inmediación requiere que el juez entreviste al niño, sin intermediarios. Se entienden por estos, cualquier aditamento que lo separe de una comunicación directa y empática con el niño. En

todas las personas que participan o acuden al sistema judicial, especialmente a menores víctimas de delitos sexuales, o violencia intrafamililar, y personas vulnerables".

42 Ídem.

43 Acta núm. 237-2014 Corte Suprema.

44 Carreta Muñoz, F: "Luces y sombras de las salas Gesell en la justicia de familia chilena: estudio a partir de un análisis empírico" *Revista CES Derecho* (9), 1, enero-junio 2018, p. 119.

particular, tanto el espejo que separa ambos espacios que conforman la sala, como el personal aparentemente capacitado, obstruyen la aplicación efectiva de aquel principio. Para solucionar esto, ha de hacerse un giro. El consejero debe pasar al lugar de observación y desde ahí, a través del *sono pronter*, orientar al juez en el desarrollo de la entrevista'"[45].

2°) Representante o curador *ad litem*[46], según el art. 19 de la Ley que crea los Tribunales de Familia señala: "En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

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

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello'"[47].

Esta disposición, es la única que se refiere a la figura del curador *ad litem*, y que ha generado una serie de dudas de interpretación, como las siguientes:

A) "En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados".

Esta parte del art. 19 de Ley que crea los Tribunales de Familia se refiere a expresamente a niños e incapaces, incorporando que la figura del curador *ad litem* está asociada a una institución creada para la protección de los incapaces, cuestión

45 *Ibidem*, p. 138.

46 Lama Gálvez, B: "Análisis crítico del rol del curador ad litem en Chile", *Revista de Derecho de Familia*, 89, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, pp. 287 y ss.

47 Falta inciso final que se refiere a otra materia.

que no se condice con el modelo de protección integral de los derechos. Más bien dicha figura pugna con la concepción del niño como sujeto de derecho.

Es menester destacar que establece una obligación o deber al juez de familia, al utilizar el término imperativo "deberá", situación que no deja margen a la interpretación o criterio del juez. Evidentemente, se refiere sólo a aquellas materias que son de compentencia de los tribunales de familia, según el art. 8 de la Ley que crea los Tribunales de Familia.

B) "El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos (…)".

Lo primero que es preciso advertir es que el curador *ad litem* será designado por el juez de la causa, sin ninguna intervención del niño, desconociendo de este modo su calidad de sujeto de derecho y su autonomia progresiva.

Es más, incluso nuestro Código Civil que data de 1855, establece una regla diversa, en que el nombramiento del curador corresponde al menor adulto, y solo en subsidio al juez[48].

En cuanto a la persona del curador, sólo podrá ser designado como curador *ad litem* un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos. Lo determinante para proceder al nombramiento es que la institución en que trabajen se dediquen a la defensa judicial de los derechos de los niños, y que tratándose de instituciones privadas se encuentren constituidas legalmente. Nos parece que los tribunales deberían preferir la trayectoría de la institución y el prestigio profesional de sus integrantes, ya que el pertenecer a una de las instituciones que señala el artículo en análisis no es suficiente garantía de que el abogado designado tenga conocimientos en materia de infancia.

C) "(…) en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación".

La norma parece restringir el mandato amplio que establece su inciso primero, a los casos en que los niños carezcan de representante legal o cuando exista un conflicto de interes con sus representantes, reforzando el carácter proteccional y

48 Art. 437 del Código Civil: "El menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez, designando la persona que lo sea.
Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes; pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor, o al juez en subsidio.
El juez, oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea".

alejándose de la consideración de los niños como sujetos de derecho. No obstante, nos parece que la interpretación correcta, es que al tratarse de sujetos de derecho distintos resulta evidente que tienen intereses a lo menos independientes. Al respecto, cabe señalar que la defensa técnica es una garantía del debido proceso, de la cual también son titulares los niños, y no se justifica su limitación o restricción a los casos señalados.

Por último, para poder determinar estos supuestos, la oportunidad en que se designa al curador *ad litem* es la audiencia preparatoria, a continuación del ofrecimiento de prueba, lo que produce una confusión en los operadores con los medios de prueba, incluso es ofrecido como medio probatorio por los abogados, y por otro lado, produce indefensión, al permitir emitir opinión sólo en una instancia en que ya no es posible realizar alegaciones o defensas, ni tampoco ofrecer medios de prueba.

3º) Por Órgano apropiado, que en la legislación interna puede ser el consejero técnico o podrían considerarse también, a nuestro parecer, los peritos que participen en juicio.

En el sistema chileno los integrantes del Consejo Técnico intervienen en forma individual, participando en las audiencias que se realizan en una de las salas del tribunal, que es presidida por un juez o jueza, además de un funcionario de acta. Normalmente, participan en las audiencias reservadas en que se escuchan directamente a los niños, según ya hemos analizado.

Por último, se ha señalado como otra alternativa, escuchar a los niños a través de peritos que intervienen en un juicio. Parece que esta posibilidad se restringe a los psicólogos que son los habilitados para interpretar las situaciones que puedan afectar a un niño, niña o adolescente, en especial, cuando se trata de niños pequeños que no puedan manifestar su opinión atendida su edad.

Vargas y Correa explican que "fundan esta práctica principalmente en las mejores condiciones de escucha por la preparación de los profesionales a cargo y los tiempos involucrados, pero muy pocos entrevistados repararon en que el objetivo de los informes periciales o de diagnóstico no es recoger los deseos y sentimientos de los niños. Bien sabemos que las pericias son medios de pruebas, cuya finalidad es aportar información experta al juez acerca de los hechos, sucesos o personas involucradas en el caso. Se trata de evaluaciones técnicas formuladas por una persona que tiene conocimientos en una determinada ciencia o arte, quien luego debe emitir un informe ante el juez'[49].

49 Vargas Pavez, M. y Correa Camus, P: "La voz de los niños en la Justicia de Familia de Chile", *Ius et Praxis* [online], 2011, vol.17, núm. 1.

VII. MATERIAS EN QUE SE DEBE ESCUCHAR A LOS NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES.

Nos falta analizar las materias en que se debe escuchar a los niños en el Derecho chileno. Así, la Ley que crea los Tribunales de Familia establece que el interés superior del niño y el derecho a ser oído son principios rectores que el juez de familia debe considerar en los asuntos sometidos a su conocimiento[50], lo que se debe interpretar en relación con el art. 8 de la ley, que establece las materias de competencia de dicha judicatura especializada. En cambio, en el proceso de mediación, solo se puede citar a los niños cuando sea estrictamente indispensable[51].

Sin embargo, la legislación chilena establece, al regular distintas materias principalmente relacionadas con las relaciones filiales, que se debe oír al hijo(a) y velar por su interés superior, al establecer la Relación Directa y Regular entre los progenitores que no tienen el cuidado personal y sus hijos, según prescribe el inciso 3º del art. 229 del Código Civil[52].

Una situación similar se establece para la determinación del cuidado personal de los hijos, en que uno de los criterios que fija el Código Civil (incorporado por la Ley núm. 20.680 de 21 de junio de 2013[53]) es la opinión del niño, norma que debe ser complementada con lo prescrito en el art. 242 del mismo cuerpo legal, en el sentido que en la regulación judicial de las relaciones filiales el juez debe, además de considerar el interés superior del niño, su opinión en función de su edad y

50 Art. 16 inciso 2° Ley que crea los Tribunales de Familia: "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".

51 Art. 105 letra e) Ley que crea los Tribunales de Familia: "Principios de la mediación. Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan:
e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación".

52 Art. 229 inciso 3° del Código Civil: "Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, y velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, considerando especialmente:
a) La edad del hijo; b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos; c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado; d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo (…)". (lo destacado es nuestro).

53 Art. 225-2 letra f) del Código Civil: "En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:
f) La opinión expresada por el hijo".

madurez, disposición que se encuentra a tono con lo prescrito en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya señalado[54].

Otra norma que establece un deber similar, se encuentra regulada en el art. 84 inciso 2° de la Nueva Ley de Matrimonio Civil[55], en el sentido que el juez que conoce del divorcio, la separación o nulidad de matrimonio de los padres, debe considerar la opinión de los niños al resolver las materias que se relacionan con su persona o sus bienes. Dicha norma se debe interpretar en el sentido de que, en los tribunales de familia, se pueden acumular las distintas materias de familia, por lo que conjuntamente con los procesos relacionados con la ruptura conyugal, se pueden tramitar las materias relacionados con los hijos de manera contenciosa o someter a aprobación del juez las mismas materias a través de la conciliación, mediación o de los acuerdos que los padres puedan celebrar respecto a la persona y bienes de sus hijos.

Por último, la Ley núm. 19.620 sobre Adopción de Menores prescribe que se debe oír al adoptado en función de su edad y madurez, y en los casos de menores adultos, se requiere su consentimiento[56].

VIII. CONCLUSIONES.

Según lo que hemos analizado, los niños, niñas o adolescentes tienen derecho a participar en todos los procesos judiciales en que tengan interés comprometido, ya sea en aspectos personales o patrimoniales, lo que implica un deber para el juez de informar al niño su derecho para que pueda manifestar su opinión, y poder realizar sus peticiones, alegaciones o defensas, en la misma forma que pueden participar las otras partes del juicio. Este derecho debe necesariamente incluir la posibilidad de nombrar o designar su defensa técnica, o a lo menos participar en su designación. Al ser considerado parte, su opinión no es vinculante, como ocurre con las otras partes del juicio, salvo en cuanto pueda realizar peticiones

54 Art. 242 del Código Civil: "Las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales.
En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez".

55 Art. 85 inc. 2° Nueva Ley de Matrimonio Civil: "Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oirá a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes".

56 Art. 3° Ley sobre Adopción de Menores: "Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.
Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento".

directamente o a través de su representante, sobre las cuales deberá pronunciarse el juez de familia.

El sistema chileno, si bien incorpora en su normativa el derecho del niño a ser oído, tanto al ser parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, como también en la incorporación expresa en su legislación nacional, y sin perjuicio de los esfuerzos por implementar nuevas prácticas judiciales, no logra garantizar este derecho fundamental de los niños, por lo que la consideración de éste como sujeto de derecho es una mera ilusión.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA BISQUETT, O: "Rescatar la voz de los niños, niñas y adolescentes: propuesta de modelo de representación jurídica desde el enfoque de los derechos humanos" en AA.VV.: *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2020.

BELOFF, M: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

BELOFF, M: "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en AA.VV.: *Justicia y Derechos del Niño, UNICEF*, Santiago, 1999, núm. 1.

CARRETA MUÑOZ, F. "Luces y sombras de las salas Gesell en la justicia de familia chilena: estudio a partir de un análisis empírico", *Revista CES Derecho* (9), 1, enero-junio 2018.

CILLERO BRUÑOL, M: "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el grupo familiar*, núm. 10, Delta Editora, Paraná, 1999.

CILLERO BRUÑOL, M: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en AA.VV.: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, 1998.

DIAZ CORTES, L: *Introducción al Derecho Penal Juvenil*, Colección de Estudios Penales, Librotecnia, Santiago, 2010.

GARCÍA MÉNDEZ, E: *Infancia. ¿Hacia dónde van sus derechos?,* Ediciones Didot, Argentina, 2017.

GARCÍA MÉNDEZ, E: "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", en AA.VV.: *Infancia, ley y democracia en América Latina* (compiladores E. GARCÍA y M. BELOFF), Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.

GIL DOMÍNGUEZ, A, FAMA, M. y HERRERA, M: *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M: "El nuevo derecho de la niñez", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Gómez De La Torre Vargas, M. "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho UCUDAL*, Año 14, núm. 18, Uruguay, 2018.

Gómez De La Torre Vargas, M: *Sistema filiativo. Filiación biológica,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

Grosman, Polakiewicz y otros: *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Fernández Espinoza, W: "La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial", *Vox Juris*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú, 2017.

Fuentes Maureira, C. y García Odgers, R: "Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia", *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Santiago, Chile.

Kemelmajer, A. y Molina, M: "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", Disponible en: http:// colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participación-delniño-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf

Laino, S: "Autonomía progresiva de la voluntad. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia", *UNICEF*, Montevideo, 2012.

Lama Gálvez, B: "Análisis crítico del rol del curador ad litem en Chile", *Revista de Derecho de Familia*, 89, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

Lama Gálvez, B: *El derecho del niño, niña y adolescente a vivir en familia*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

Lepin molina, C: "Los nuevos principios del derecho de familia" en *RChDP* [online] 2014, núm. 23 [citado 2020-06-20], pp. 9-55.

Lepin Molina, C y Lama Gálvez, B: *Código de Infancia*, Editorial Hammurabi, Santiago, Chile, 2019.

Martínez, P: "Sistema de perros de asistencia judicial. Hacia una humanización del Proceso Penal y de Familia. Experiencia comparada. El caso de Chile", *Revista Jurídica Región Cuyo Argentina*, núm. 4, mayo, 2018.

Perdomo, J: "El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre los derechos del Niño y la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes", en AA.VV.: *La garantía del derecho de los niños,*

niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales, Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela, 2008.

Vargas Pavez, M. y Correa Camus, P: "La voz de los niños en la justicia de familia de chile" en *Ius et Praxis* [online], 2011, vol.17, núm. 1 [citado 2020-06-23], pp. 177-204.