



Universidad de Chile.

Facultad de Derecho.

Departamento de Ciencias del Derecho.

Proyecto de Investigación

Constanza Andrea Martínez Morgado.

Profesor Gabriel Álvarez Undurraga.

Santiago, Lunes 25 de Agosto de 2014.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA.....	3
1.1 Planteamiento del problema.....	3
i. Diagnóstico.	3
ii. Pronóstico.	6
iii. Control del Pronóstico.....	7
1.2 Formulación del Problema.	7
1.3 Sistematización del Problema.	8
1.4 Objetivos de la Investigación.....	8
i. Objetivo General.	8
ii. Objetivos Específicos.	8
1.5 Justificación del Problema.....	8
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	10
1. Antecedentes de Investigación.	10
2. Bases Teóricas.	12
3. Sistema Conceptual.....	15
4. Hipótesis.	17
5. Variables e Indicadores.....	17
Capítulo III: MARCO METODOLÓGICO.....	18
3.1 Tipos y Niveles de Investigación.	18
3.2 Métodos de Investigación.....	19
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	19
3.4 Tratamiento de la información.....	19
Capítulo IV: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS	20
4.1 Índice del contenido del trabajo.....	20
4.2 Recursos: humanos, materiales y financieros empleados.....	22
4.3 Cronograma de actividades.	22
4.4 Fuentes Iniciales.....	23

INTRODUCCIÓN

El título tentativo de mi investigación es: *“Regulación del Derecho del Niño a ser oído por la actual ley 19.968 y su consideración por los tribunales nacionales. Análisis de su eficacia en el ejercicio de este derecho en Chile”*

El siguiente trabajo corresponde a la presentación del proyecto de investigación, es decir, la propuesta de estudio que se realizará, especificando cómo se organizará la ejecución del trabajo de investigación, tanto en lo que respecta a los temas a tratar, como la forma en que se utilizarán los recursos. Pretende ser la pauta organizativa que se observará a lo largo de la realización del trabajo de investigación, y por tanto consta de cuatro capítulos:

- Capítulo I: El Problema. Capítulo dedicado a delimitar el objeto de estudio, el problema a conocer, lo que se logra a través del planteamiento del problema, formulación del problema y sistematización del problema.
- Capítulo II: Marco Teórico. Contiene los antecedentes de la investigación, bases teóricas, sistema conceptual y la hipótesis del trabajo de investigación.
- Capítulo III: Marco Metodológico. Se refiere a la forma técnica en la que se realizará el trabajo, por tanto se señalan los tipos y niveles de investigación, métodos que se utilizarán y las técnicas.
- Capítulo IV: Aspectos Administrativos. Contiene un índice del trabajo que da las partes de las que constará la tesis. También los recursos que se utilizarán para su elaboración y la forma en que se organiza el trabajo, a través de un cronograma de actividades.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del problema.

i. Diagnóstico.

Miguel Cillero identifica tres grandes períodos en lo que respecta a la relación niños, infancia, Estado y el Derecho en Chile *“Dicha periodificación atendía como elemento central de distinción a la especificidad de la consideración jurídica de la infancia propia del Derecho Tutelar de Menores como el primer gran cambio, previo al cual no habría existido una consagración jurídica de tal especificidad (...)”*¹

La primera etapa se caracteriza por una inexistencia de legislación específica sobre la infancia, la que se regía por las normas del Código Civil. En este contexto, la posibilidad de que el niño, niña o adolescente expresara su opinión y que ésta fuera debidamente considerada estaba fuertemente limitada por la remisión, en materia de capacidad, a las normas del Código Civil. Especialmente, llama la atención, como también lo menciona la Corporación OPCIÓN², el artículo 233 del Código Civil que contemplaba el llamado “Poder Penal Doméstico”, que contemplaba la posibilidad del padre de corregir y castigar moderadamente a sus hijos y cuando esto no alcanzare imponerle la pena de detención, si el hijo era mayor de dieciséis años el juez calificará los motivos y podrá arrestarlo. Esta norma refleja, la idea general presente en el ordenamiento jurídico vigente en esa época, de no considerar derechos a los niños y adolescentes y en particular el derecho a ser oído en términos generales dar su opinión y ser escuchada en toda materia que le afecte. No tenían este derecho dentro de su familia, con mayor

¹ CORPORACIÓN OPCIÓN. 2006. *“Acerca de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile en el período 1990/200”* En línea <<http://www.opcion.cl/documentos/biblioteca/ProteccionDerechos/ConsideracionJuridicaenChile.pdf>> [consulta: 17 de Mayo de 2013] p. 1.

² CORPORACIÓN OPCIÓN. Ob. cit. p. 3-4

razón podemos pensar que el niño y adolescente no tenían voz dentro de la sociedad, conclusión a la que se arriba toda vez que en aquella época se entendía que las relaciones de familia correspondían al ámbito privado y que el Estado no debía regular dichas relaciones. Lo anterior, salvo, como se desprende de la regulación del Código Civil, que tuviese un peculio profesional.

En una segunda etapa, iniciada por la Ley de Menores de 1928, hablamos ya de la existencia de una legislación sobre el tema de la infancia, lo que se ha llamado en doctrina como “legislación tutelar de menores”, la que entendía a niños, niñas y adolescentes como objetos de protección, sujetos a la potestad del Estado y de sus padres, en su caso. En general, podemos identificar, como señala Cillero “*una radical separación entre dos tipos de infancia: la que tiene sus derechos satisfechos debido a la protección familiar, y aquella que no los tiene*”³. Respecto de ésta última actuaba el Estado a través de los mecanismos consagrados por estas leyes. En particular, derechos como el del niño a ser oído no eran contemplados, pues las preocupaciones de esta y otras leyes que se dictaron bajo el mismo contexto, era la infancia en desprotección.

La Convención marca el cambio de considerar a los niños, niñas y adolescentes objeto de protección, a considerarlos sujeto de derecho, con capacidad de ejercicio respecto de sus derechos fundamentales, lo que ha implica una ampliación de la estructura de capacidad contemplada en nuestro Código Civil. Esto es de toda importancia, pues el derecho del niño a ser oído es contemplado en la Convención con relevancia trascendental y como aquellos que pueden ser ejercidos autónomamente en atención al principio de ejercicio progresivo de los derechos que también el texto les reconoce. En este sentido, la Observación General Número 12 de Naciones Unidas sobre la Convención señala: “*El artículo 12 (...) apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de plena autonomía del adulto, pero por el otro, es sujeto de derechos*”⁴ En este

³ CILLERO, Miguel. 2001. “*Los Derechos del Niño: De la Proclamación a la Protección Efectiva*” En Revista de Derechos del Niño. Número 3. Buenos Aires, Argentina. p. 51.

⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. “*Observación General N°12: El derecho del niño a ser escuchado*”. Naciones Unidas. Ginebra, Suiza. p. 6.

sentido, *“El reconocimiento de derechos civiles, políticos y de participación de niños y niñas, se ha ido dando lentamente, y recién en 1989, al aprobarse la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha venido a reforzar normativamente este grupo de derechos, con un cierto énfasis en la autonomía. Sin embargo, la concreción de un paradigma de los niños como sujetos activos constituye una fuerte lucha legislativa, política y cultural hasta el día de hoy”*⁵

La ratificación de la Convención por Chile en 1990, puso a nuestro país en la obligación de realizar las reformas legislativas necesarias para concordar la legislación nacional con las exigencias internacionales, en este marco, se promulga, entre otras, la Ley de Tribunales de Familia (Ley N° 19.968), la que en el párrafo primero: De los Principios del Procedimiento, del Título III, artículo 16, reconoce el derecho del niño a ser oído.

Hoy, los problemas parecen apuntar a las falencias que se presentan al momento fáctico en que se debe ejercer, a mi parecer hay una aplicación un tanto intuitiva de este derecho dentro del procedimiento, lo que nos lleva identificar una falta de un criterio transversal utilizado por los jueces sobre bajo qué condiciones escuchar al niño, niña y adolescente; cómo se debe realizar la audiencia para tales efectos y la forma en que sus impresiones son debidamente consideradas. En este sentido, con fecha 10 de Enero de 2008, ingresa un proyecto de ley a la Cámara de Diputados que busca modificar la Ley 19.968 en lo relativo al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oído⁶. Proyecto presentado por los siguientes motivos:

- “7.- ...Nuestra ley, no obstante consagrar el derecho del niño a ser oído, como uno de los principios del procedimiento sólo regula la manera como ha de hacerse efectivo este derecho en un procedimiento especial (...) no considera la ley

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA y CORPORACIÓN DE OPORTUNIDAD Y ACCIÓN SOLIDARIA OPCION. 2006. *“Derechos de los Niños en Chile. Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño en las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile”*. En línea < http://www.omct.org/files/2005/09/3074/chile_informe_altern_crc_omct_opcion_es.pdf> [consulta: Viernes 17 de Mayo] p. 23.

⁶ Chile. 2008. Boletín N° 5665-18. [en línea] < http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5665-18> [consulta: 11 de Julio de 2013]

expresamente el ejercicio de este derecho, ni el deber del juez de escuchar al niño, en los demás procedimientos que puedan involucrar sus derechos, y la norma del artículo 69 recién citada, no es aplicable por analogía a ellos, por tratarse precisamente de un procedimiento especial”

- “8.- Que, lo anterior, puede desvirtuar la efectividad del derecho, pues por una parte, el juez puede desvincularse de la opinión del niño (si bien el juez no debe resolver el asunto según la opinión del niño, si debe considerar lo expresado por éste), y por otra, al no encontrarse regulada la forma como ha de ser recibida ésta opinión puede llegar a importar una victimización del niño asociada a la exposición de su declaración en una audiencia junto a personas a las que al menos ha de tener un temor reverencial, lo que siempre es un factor de alteración de su declaración”⁷

ii. Pronóstico.

Si proyectáramos la situación en el tiempo, el sistema chileno de regulación del ejercicio de este derecho sería deficitario, porque tendríamos una legislación y un sistema judicial que pretenden hacer eco de las exigencias que realiza la Convención, pero que en realidad no se condicen con ella. Lo que implicaría que tuviésemos un reconocimiento formal de este derecho, una aplicación de él dentro del procedimiento de familia como exige la ley, pero en la práctica niños, niñas y adolescentes no son realmente escuchados ni sus impresiones debidamente consideradas, cobijando un sistema paternalista de protección de sus derechos bajo la apariencia de un verdadero reconocimiento de ellos como sujetos de derecho. En este sentido la autora Ana Carmen Figueredo explica “Ahora bien, la no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercitar sus derechos vulnera la garantía del debido proceso puesto que los niños son personas en desarrollo, con capacidades progresivas”⁸

⁷ Chile. 2008. Boletín N° 5665-18. Ob. cit. p. 3.

⁸ FIGUEREDO, A. [en línea] <<http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/docs/elderechoaseroido.pdf>> [consulta: 17 de Junio de 2013] p. 2.

Si precisamente fallamos en uno de los cuatro principios generales de la Convención⁹, se falla en la base sobre la cual se construye el sistema jurídico de la infancia y adolescencia en nuestro país, cuestión sumamente grave además considerando el tiempo ha pasado desde la ratificación de la Convención y la Ley 19.968 que hace eco de ello, es deber del legislador realizar un cuerpo que se eficaz en lograr sus objetivos, pues con el sólo reconocimiento formal no es suficiente.

iii. Control del Pronóstico.

Considerando que "...dada la naturaleza de la mayoría de los Derechos contenidos en la Convención, no existen recursos constitucionales o legales para hacer valer muchos de ellos, por lo que, para su aplicación práctica, se requerirá dotar a los niños de recursos efectivos que garanticen la vigencia de los Derechos consagrados en la Convención"¹⁰, a mi parecer el problema presentado se podría resolver, por medio de:

- Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.
- Modificación del "Curador ad litem" por un "Abogado del niño"
- Mejor regulación legal de la forma en que se ejerza este derecho por el niño, así si debe ser en una audiencia y en presencia de qué partes.
- Aclarar el criterio sobre el cual decidir si es conveniente o no escuchar al niño, en atención a su edad, madurez e interés superior, y no sobre si es difícil o no para el juez entenderle.

1.2 Formulación del Problema.

En esta investigación se trabajará en miras de responder a la interrogante ¿Cómo la ley 19.968 y los tribunales nacionales de justicia de familia son eficaces en permitir el ejercicio del derecho del niño a ser oído?

⁹ Así considera ONU al derecho del niño a ser oído

¹⁰ CORPORACIÓN OPCIÓN. Ob. cit. pp. 13-14.

1.3 Sistematización del Problema.

A partir de la pregunta directriz planteada, se desprenden una serie de interrogantes que debemos tratar para lograr nuestro objetivo.

1. ¿En qué consiste el Derecho del Niño a ser oído según la Convención Internacional sobre Derechos del Niño?
2. ¿Cómo la Ley 19.968 regula el ejercicio del Derecho del Niño a ser oído?
3. ¿Cómo la jurisprudencia ha considerado en el caso concreto la Ley 19.968, en lo que respecta al Derecho del Niño a ser oído?
4. ¿Cuál es la situación actual en Chile, en cuanto a la protección del derecho del niño a ser oído, dentro del procedimiento de familia?

1.4 Objetivos de la Investigación.

i. Objetivo General.

Analizar la eficacia de la actual ley 19.968, en lo que respecta a los mecanismos de ejercicio del Derecho del niño a ser oído en el procedimiento de familia, y la forma en que los tribunales lo han considerado.

ii. Objetivos Específicos.

1. Determinar el contenido del derecho del niño a ser oído en la Convención Internacional sobre los Derechos del niño.
2. Describir el marco regulatorio que la ley 19.968 brinda al Derecho del Niño a ser oído para permitir su ejercicio efectivo.
3. Examinar la forma en que los tribunales nacionales han considerado los preceptos de la Ley 19.968, en lo que respecta al Derecho del niño a ser oído.
4. Establecer la situación actual en Chile del Derecho del niño a ser oído, dentro del procedimiento de familia.

1.5 Justificación del Problema.

Considero que el tema presentado es uno necesario de investigar, pues considero necesaria una mirada crítica a la actual legislación, analizando su evolución y los

motivos que la han inspirado y si efectivamente en la actualidad cumple a cabalidad con las exigencias internacionales y nacionales de protección de derechos del niño y, en especial, si a través de la actual regulación podemos hablar de un sistema que permite la participación de menores de edad. Este tema me interesa toda vez que al ser reconocido el niño, niña y adolescente como sujeto de derecho, la posibilidad que en materias que le afecten pueda expresarse y que sus impresiones sean consideradas parece ser de toda lógica, y más aún dentro del proceso de familia en el que se busca que las familias solucionen sus problemas de la manera más armónica posible para ellas (quién mejor que los mismos miembros de la familia para ayudar a buscar una solución a sus problemas)

La importancia de su estudio radica en la necesidad de realizar un análisis crítico de la situación de este derecho hasta la actualidad, posterior a la dictación de la ley 19.968 y sus reformas, lograr establecer si satisface los parámetros que se exigen a nuestro país en la protección de derechos del niño, niña y adolescente; con esta información, luego trazar las líneas que sean necesarias para mejorar la situación legislativa. Considerando lo anterior, a casi diez años de la publicación en el Diario Oficial de la Ley 19.968 en 2004, este trabajo busca servir de base para eventuales reformas legislativas en la materia y en la forma en que los tribunales de justicia nacionales conciben este derecho en cada caso y así tener un marco de protección nacional que sea acorde a las exigencias internacionales que se hacen a Chile y, en especial, la adecuada protección de los derechos de los niños en nuestro país. Así como servir para la discusión doctrinaria en la materia, cuestión que es sumamente necesaria para ir depurando las conclusiones y así aportar al primer aspecto mencionado.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

1. Antecedentes de Investigación.

1.1. ONU. Comité de los derechos del niño. 2009. *Observación General N°12: El derecho del niño a ser escuchado.* Ginebra, Suiza.

Esta Observación General nace por la preocupación del Comité al considerar que a nivel mundial el ejercicio del derecho del niño a ser oído es altamente obstaculizado. En el año 2006 se celebró un debate general sobre el derecho del niño a ser escuchado, del que surge la Observación General Número 12. Su objetivo principal es *“el aportar a los Estados partes en la aplicación efectiva del artículo 12. En virtud de ese propósito pretende: Aumentar la comprensión del significado del artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las ONG y la sociedad en general;. Abundar en el alcance de las leyes, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la plena aplicación del artículo 12; Destacar los enfoques positivos en la aplicación del artículo 12, teniendo presente la experiencia del Comité en las labores de seguimiento; Proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten”*. Por lo tanto, el documento entrega pautas para el ejercicio de este derecho.

1.2. PÉREZ, Ricardo. 2006. *“Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes.”* EN Revista Justicia y Derechos del Niño N°8. Santiago, Chile.

El autor identifica que no podemos determinar el interés Superior del niño sin tener en cuenta sus deseos y sentimientos, pues de lo contrario dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo en un acto de autoritarismo, entendido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón.

Sobre el artículo 12 de la Convención, señala que abarca formas de expresión verbal y no verbal; el desarrollo de capacidades técnicas y de equipos

multidisciplinarios que se encuentren en condiciones de interpretar y descifrar estas opiniones comunicadas de formas no verbales; oportunidades procesales en las que se exprese su opinión. Incluye también el principio a la defensa material: que participe en el proceso. Además, la Convención da criterios de ponderación de la opinión: mayor peso tendrá la opinión, hasta adquirir un carácter casi decisivo, dependiendo de la edad y madurez del menor de edad.

Distingue el derecho a ser oído del derecho a participar en el proceso e identifica que en doctrina las teorías sobre la participación van desde aquellas que abogan por la decisión exclusiva a cargo del niño, hasta la omisión de su participación. Es interesante la opinión que da sobre el Curador ad Litem, pues primero señala que el sujeto de derechos niño ha dejado de ser incapaz en el ejercicio de sus derechos y luego ve la necesidad de un abogado del niño que actúe como patrocinante, sin embargo, la figura del Curador ad Litem supone la incapacidad de poder discernir por sí.

1.3. VARGAS, M. y CORREA, P. 2011. “**La Voz de los Niños en la Justicia de Familia en Chile**”. EN Revista Ius et Praxis Año 17, N°1. Universidad de Talca. Chile.

Las autoras reconocen al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, como uno de los pilares fundamentales de la nueva concepción del niño como sujeto de derechos. Este principio debe ser interpretado en consonancia con el Principio del Interés Superior del Niño y el de Autonomía Progresiva en el ejercicio de sus derechos, y se relaciona con el derecho a defensa. Al respecto las autoras expresan que *“Dado que el derecho a la defensa es una garantía de rango constitucional alcanza también a los niños en su calidad de personas. Un niño no puede estar ajeno a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, que son parte constitutiva e inescindible del derecho a 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.”¹¹

De los datos que recopilaron, identifican que la participación de los niños se da en: i) audiencias reservadas con el objetivo de escucharlos, ii) peritajes e informes diagnósticos, iii) curador *ad litem* y iv) la “no participación”, caso en que los adultos hablan “en nombre” del niño, interpretando sus deseos, intereses y temores. Además determinan las falencias que en cada caso presenta el sistema, en el primero: problemas de infraestructura, tiempos y capacitación de los operadores, así como la falta de evidencia sobre el impacto de los relatos. En el segundo, el desconocimiento sobre la calidad de la “mediación” que hace el experto de la voz del niño. En el tercero, es una figura con gran potencial.

La información que las autoras presentan es de relevancia para el desarrollo de mi memoria, pues me permiten contrastar la legislación con la realidad.

2. Bases Teóricas.

2.1 Criterio de la edad para determinar si el niño debe ser escuchado.

ONU en Observación General Número 12 señala respecto de la expresión “*Que esté en condiciones de formarse un juicio propio*” del artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño 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 (...)*” E incluso reconoce las expresiones de comunicación en formas no verbales¹² En el mismo sentido, Vargas y Correa consideran que “*uno de los riesgos de establecer un rango fijo de edad para escuchar a los niños tienen experiencias de*

¹¹ VARGAS, M. y CORREA, P. 2011. “*La Voz de los Niños en la Justicia de Familia en Chile*”. EN Revista Ius et Praxis Año 17, N°1. Universidad de Talca. Chile. p. 185.

¹² ONU. Ob. cit. . p. 10.

*vida y formas de expresarse distintas (...)*¹³ Durante la discusión legislativa de la Ley 19.968 fue partidaria de esta idea la diputada Saa quien expresó “ateniéndose a la Convención sobre los Derechos del Niño, estimó que debería establecerse la obligación de escucharlos en términos generales, sin atender a si tuvieran más o menos de 14 años de edad”¹⁴

En la doctrina nacional, María Sara Rodríguez en su libro *“El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia”* postula la idea contraria. Como explica la profesora Fabiola Lathrop, en reseña al libro mencionado, *“Asimismo, los niños y niñas menores de siete años no debieran ser oídos – agrega- aplicando el art. 2319 del Código Civil, que establece que los menores de esa edad no tienen suficiente juicio y discernimiento para responder civilmente de los daños que causen por sus delitos o cuasidelitos y, en consecuencia, tampoco debieran tener juicio propio. (...)*¹⁵ En la discusión legislativa, se mostraron partidarias de esta idea las Diputadas Guzmán y Soto quienes “No creyeron que debiera establecerse la simple obligación de escucharlos a todos, no sólo por el problema del desarrollo psicológico del menor sino también por lo dificultoso que puede resultar para éstos estar frente a personas mayores, desconocidas, en un ambiente como el judicial, que no parece precisamente amable o confortable para un menor”¹⁶

2.2 ¿Ser oído o ser escuchado?

Si bien tienden a considerarse expresiones sinónimas, el oír y escuchar tienen ciertas diferencias que no dejan de ser importantes, como veremos.

Tanto la psicología, como los estudiosos de la lengua, distinguen entre ambos conceptos, como lo hace el autor José G. Moreno del Alba en *“Minucias del*

¹³ VARGAS, M., CORREA, P. Ob. cit. . p. 183.

¹⁴ Historia de la Ley 19.968 [en línea] < www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf > [consulta: 24 de Abril de 2013] p. 355.

¹⁵ LATHROP, Fabiola. 2010. *“María Sara Rodríguez Pinto. Recensión: El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia”* EN Revista Chilena de Derecho Privado (N° 15) Chile. pp. 244-245.

¹⁶ Historia de la Ley 19.968. Ob. cit. p. 356.

Lenguaje”, escribe “Como se ve, la diferencia entre oír y escuchar estriba en que este último supone voluntad e intencionalidad por parte del sujeto, lo que no necesariamente sucede con oír”¹⁷ Así, encontramos que en el caso Argentino se ha dicho que “La Ley de Protección Integral habla del derecho a ser oído, pero no se refiere al derecho a ser escuchados. Mientras que oír representa el percibir sonidos, la escucha tiene que ver con atender comprometidamente esos sonidos que se oyen. Implica una posición subjetiva distinta. Una posición activa”¹⁸

Del Moral Ferrer, en su artículo “El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño”, señala “Derecho a ser escuchado. Este comporta la obligación activa, el deber que tiene el sujeto receptor de la opinión de escuchar aquello que el niño tiene que decir y escuchar significa que aquella persona, generalmente un adulto, debe prestar atención significativa a lo expresado”¹⁹ Conceptualizando en su sentido natural la expresión “escuchar”. También la Convención Internacional de Derechos del Niño, en su artículo 12, en su segunda parte, habla de escuchar, “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo (...)”²⁰ Por otra lado, gran parte de los autores utilizan las expresiones oír, así ocurre con Jaime Couso en “*El niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia, Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser Oído*”; Macarena Vargas Pavez y Paula Correa “*La voz de los niños en la Justicia de Familia de Chile*”; Ricardo Pérez Manríquez en “*Participación*

¹⁷MORENO, José. Suma del libro “*Minucias del Lenguaje*” [en línea] <<http://www.fondodeculturaeconomica.com/obras/suma/r3/buscar.asp?idVocabulum=12&starts=O&word=o%EDr%20/%20escuchar> > [consulta: 17 de Julio de 2013.]

¹⁸ DE LA IGLESIA, M; VÁSQUEZ, M; PIERKARZ, W. 2008. “*Devenir de un cambio: del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes*” En Anuario de Investigaciones. Volumen XV. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires. Argentina. [En línea]<http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S185116862008000100032&script=sci_arhttp://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-16862008000100032&script=sci_arttextttext> [Consulta: 29 de Mayo de 2013] p. 326.

¹⁹ DEL MORAL FERRER, Ob. cit. p. 79.

²⁰ ONU. 1989. *Convención sobre Derechos del Niño*. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion>> [consulta: 21 de Marzo de 2013.]

Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes” Sin embargo, da la impresión que utilizan la expresión “oír” como sinónimo de “escuchar”, pues al momento de configurar el significado de la expresión “oír”, se refieren claramente a la actitud activa que se identifica con escuchar.

Durante la discusión legislativa no fue tema si la expresión a utilizar debía ser “escuchado u oído”, por lo que pareciese ser una discusión que viene más del lado de la psicología, que no fue tomada en consideración por el legislador.

3. Sistema Conceptual.

i. Niño, Niña y Adolescente.

Artículo 1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño señala: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. En nuestra legislación, la ley 19.968, en el inciso 3 del artículo 16: *“Para 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 edad”*.

ii. Principio del Interés Superior del Niño.

*“Es la plena satisfacción de sus derechos”*²¹ Está consagrado en el artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño: *“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”*

²¹ *Ibíd.*

Vale agregar que este concepto que identifica don Miguel Cillero ha sido ampliamente adoptado por la doctrina actual, así como en PÉREZ, Ricardo. *“Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes”* En Revista Justicia y Derechos del Niño N°8. p. 252. y también en VARGAS, M. y CORREA, P. *“La voz de los niños en la Justicia de Familia de Chile”* En Revista *Ius et Praxis*. p. 181.

iii. Derecho del niño a ser oído.

*“El derecho a ser oído es aquel que posee toda persona, y por lo tanto el niño, a expresar a otra lo que siente, desea, conoce, piensa, procurando de esta última su atención y escucha consciente.”*²² Es necesario precisar algunos aspectos que se desprenden del artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño²³, para lograr comprender el verdadero significado de este derecho:

1. Debe ser entendido en *sentido amplio*, así, “El art. 12.1 (de la Convención) requiere una interpretación amplia, pues impone al Estado Parte garantizar, es decir, no sólo hacer posible, sino asegurar que el niño pueda expresar lo que tenga que decir sobre la situación concreta a estudio”²⁴ agrega que “(...) exige ofrecer al niño la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio.”²⁵

2. Es un *derecho*. En el sentido de que “para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación”²⁶, Crowley explica que “La participación es un derecho, no una obligación. Esto significa que comprende también la libertad de decidir si uno desea participar o no.”²⁷ Así, el niño, niña o adolescente no deben ser objeto de presiones al momento de expresar su opinión, ni al momento en que decide si expresarla o no. Además, es “una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás”²⁸

²² FIGUEREDO, A. Ob. cit. p.1.

²³ Artículo 12 Convención Internacional sobre 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”*

²⁴ PÉREZ, Ricardo. 2006. “Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes.” EN Revista Justicia y Derechos del Niño N°8. Santiago, Chile. p. 252.

²⁵ COUSO, Jaime. 2006. Ob. cit. p. 154.

²⁶ ORGANIZACIÓN de NACIONES UNIDAS. Ob.cit. p. 9.

²⁷ CROWLEY, P. Ob. cit. p. 10.

²⁸ ORGANIZACIÓN de NACIONES UNIDAS. Ob. cit. p. 11.

4. Hipótesis.

La regulación del ejercicio del derecho del niño a ser oído por la ley 19.968 y su aplicación por los tribunales de familia es ineficaz, pues la ley omite aspectos relevantes que impongan un marco para el ejercicio de este derecho y los operadores del Derecho no subsanan en la práctica estos defectos, impidiendo un trato adecuado de niños, niñas y adolescentes en estos procedimientos como sujeto de derecho.

5. Variables e Indicadores.

i. Variable Independiente.

La Ley N° 19.968 omite aspectos relevantes que impongan un marco para el ejercicio de este derecho y los operadores de los Tribunales de Familia no subsanan en la práctica estos defectos, impidiendo un trato adecuado de niños, niñas y adolescentes en estos procedimientos como sujeto de derecho.

ii. Variable Dependiente.

La regulación para el ejercicio del derecho del niño a ser oído por la ley N°19.968 y su aplicación por los tribunales de familia es ineficaz.

iii. Indicadores.

- Artículo 16 inciso 2 en relación con artículos 5 letra b, 41, 69 y 105 Ley 19.968.
- Artículo 5 Constitución Política de la República.
- Artículo 12 Convención Internacional sobre Derechos del Niño.
- Artículos 227 y 225-2 literal f) Código Civil.²⁹
- Estadísticas Justicia Informe anual 2011 sobre Menores en Causas de Familia terminadas.

²⁹ Incorporado por la reciente reforma de 21 de Junio de 2013 al Código Civil en materia de cuidado personal.

Capítulo III: MARCO METODOLÓGICO.

3.1 Tipos y Niveles de Investigación.

Este trabajo desarrollará el tipo de investigación documental, en lo que respecta a los datos a recolectar, pues se basará fundamentalmente en la información recopilada en libros, artículos de revistas y jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, se aplicarán también entrevistas a docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: profesor Cristián Lepin, profesora Laura Albornoz y profesora de clínica jurídica especializada de familia Diana Henríquez, para conocer su apreciación sobre el tema, determinando las falencias y aspectos favorables que a su juicio tiene el sistema, así como puntos pendientes para mejorarlo; a psicólogos que trabajen con niños, niñas y adolescentes inmersos en conflictos familiares judicializados, con el fin de obtener un análisis de la forma en que los menores de edad se ven afectados por el desarrollo del conflicto en tribunales de familia y la importancia (o no) de dar a conocer su opinión en ellos, así como la forma en que ésta es considerada y prestada frente a la institucionalidad. Finalmente, a Consejeros Técnicos que trabajan en los tribunales de familia, por su importante rol en el ejercicio de este derecho y conocer de su perspectiva los defectos y virtudes del sistema actual, por lo que en parte también habrá investigación de tipo campo o empírica.

Desde la perspectiva del propósito de la investigación, es una investigación pura, pues el fin es incrementar los conocimientos que se tienen en derecho sobre este derecho. En cuanto al nivel de investigación será descriptivo, toda vez que se pretende identificar las características del derecho del niño a ser oído en el procedimiento de familia y analizarlas para evaluar este derecho en la legislación de familia actual y su consideración en los tribunales nacionales, en atención a las obligaciones internacionales que se exigen a Chile.

El enfoque que le dará a este trabajo se guiará por el paradigma positivista, pues se va "...tomar como base del conocimiento la experiencia tal como la ofrecen la

observación y la percepción sensible”³⁰. Así, se trabajará sobre la legislación vigente, jurisprudencia, documentos, estadísticas de niños, niñas y adolescentes en procedimientos ante tribunales de familia y aplicación de entrevistas.

3.2 Métodos de Investigación.

i. Método Analítico, pues se estudiarán y analizarán críticamente los elementos característicos del objeto de este trabajo, específicamente, en lo que respecta a la Convención Internacional de Derechos del Niño y el tratamiento que da al Derecho del Niño a ser oído, así como la Ley 19.968 en el mismo sentido.

ii. Método Inductivo, en el estudio de la jurisprudencia para dilucidar la tendencia a nivel de tribunales de justicia en la materia.

iii. Método Comparativo, en lo que respecta al comportamiento nacional con las exigencias internacionales que la ONU realiza a nuestro país.

3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Se requerirá de fuentes formales primarias y secundarias de información y el trabajo con estas fuentes será de subrayado, fichas y resúmenes.

Además se utilizarán entrevistas con el objetivo general de lograr obtener información a partir de quienes estudian y trabajan en el sistema de tribunales de familia.³¹ Se realizará una entrevista no estructural del tipo por pautas.

3.4 Tratamiento de la información.

Se le dará un tratamiento cuantitativo, pues la información obtenida y conclusiones quedarán registradas en un documento escrito. Además, se trabajará con las entrevistas anteriormente descrita para obtener datos de la práctica actual, que en conjunto con la información extraída desde la jurisprudencia y análisis de documentos, nos darán la forma en la que se ejerce este derecho en Chile.

³⁰ ÁLVAREZ, Gabriel. 2009. “Curso de Investigación Jurídica”. Editorial Legal Publishing . Santiago, Chile.

³¹ Los entrevistados se dividirán en grupo: Docentes, Psicólogos y Consejeros Técnicos. A cada grupo se le aplicará la misma entrevista, para realizar una comparación entre las posiciones de los miembros de ellos.

Capítulo IV: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

4.1 Índice del contenido del trabajo.

- Introducción.
- Capítulo I: Contenido del Derecho del Niño a ser oído en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

1.1 Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

1.1.1 Objetivos de la Convención.

1.1.2 Principios y Derechos que consagra.

1.1.3 Obligaciones para los Estados que la ratifican.

1.2 La Convención y nuestra legislación nacional.

1.3 Observación General Número 12: El Derecho del niño a ser escuchado.

1.3.1 Configuración del Derecho del niño a ser oído por Naciones Unidas.

- Capítulo II: El derecho del niño a ser oído en la Ley 19.968.

2.1 El deber del Estado de proporcionar los mecanismos para el expedito ejercicio de este derecho.

2.2 Ley 19.968 como respuesta a las exigencias internacionales:

2.2.1 Objetivos Generales y Específicos de la ley.

2.2.2 Tratamiento de la infancia y adolescencia en la ley

2.2.3 Instancias para que los niños y adolescentes sean escuchados.

2.2.4 Criterios para que los niños y adolescentes sean escuchados.

2.3 Rol del Juez de familia y del Consejo Técnico en el derecho a ser oído.

- Capítulo III: Tribunales Nacionales de Justicia y el derecho del niño a ser oído.

3.1. El Juez de Familia y el derecho del niño a ser oído en los procedimientos que ante él se substancian.

3.2. Análisis de sentencias de tribunales superiores de justicia nacionales período 2009-2013 en lo que respecta al derecho del niño a ser oído en procedimientos ante Tribunales de Familia.

3.3. Análisis de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Atala”.

3.4. Conclusiones a partir del estudio realizado ¿Cómo fallan nuestros tribunales?: El valor de los dichos del niño, niña y adolescente.

- Capítulo IV: La situación en Chile del Derecho del Niño a ser oído, en el procedimiento de familia.

4.1 Ley y Práctica: ¿Realmente se escucha a los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia?

4.1.1 El reconocimiento y ejercicio de este derecho que hace la ley 19.968 (breve remisión al Capítulo II)

4.1.2 Cómo los tribunales de justicia “debidamente consideran las opiniones del niño” (breve remisión al Capítulo III)

4.1.3 El rol del niño, niña y adolescente en el procedimiento de familia y en la solución del conflicto de familia.

4.2 Estándares internacionales en relación al derecho del niño a ser oído en cuanto derecho fundamental.

4.3 Propuesta de cambios .

- Conclusión.
- Bibliografía.

4.2 Recursos: humanos, materiales y financieros empleados.

El desarrollo de este trabajo requerirá de bibliografía, la que se obtendrá principalmente de la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin perjuicio de aquella obtenida de internet: de www.bcn.cl se obtuvo la Historia de la Ley 19.968; www.unicef.cl; www.microjuris.cl, entre otras. Además se requerirá de fotocopias, impresiones, lo que implica hojas y tinta, computador y carpetas.

Finalmente el recurso humano del trabajo del profesor guía Gabriel Álvarez Undurraga, de los entrevistados y de quien realiza este trabajo.

4.3 Cronograma de actividades.

	Agosto				Septiembre				Octubre			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración Proyecto de Investigación.	X	X	X									
Presentación Proyecto de Investigación a Departamento de Ciencias del Derecho.				X								
Elaboración Capítulo I				X								
Elaboración Capítulo II				X								
Elaboración Capítulo III.					X	X	X	X				
Correcciones y Observaciones Profesor Guía									X	X	X	
Entrega Memoria a Departamento de Ciencias del Derecho.												X

4.4 Fuentes Iniciales.

i) Fuentes Bibliográficas.

- ÁLVAREZ, Gabriel. 2009. *“Curso de Investigación Jurídica”* Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
- BAEZA, G. y PÉREZ, J. 2008. *“Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario”* Segunda Edición. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
- CILLERO, Miguel. COUSO, Jaime. JUSTE, María Antonia. URZÚA, Paula. 1995 *“Niños y Adolescentes sus derechos en nuestro derecho”*. Ediciones SENAME. Santiago, Chile.
- GARCÍA, E. y BELOFF, M. (compiladores) 1998. *“Infancia, Ley y Democracia en América Latina”*. Editorial TEMIS - Ediciones Depalma. Santa Fe de Bogotá, Colombia y Buenos Aires, Argentina.
- JARA, Eduardo. 2011. *“Derecho Procesal de Familia. Principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- ONU. Comité de los derechos del niño. 2009. Observación General N°12: El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra, Suiza.
- ORREGO, Juan Andrés. 2007. *“Temas de Derecho de Familia”* Editorial Metropolitana.

ii) Fuentes Virtuales.

- CORPORACIÓN OPCIÓN. 2006. “Acerca de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile en el período 1990/200” En línea <<http://www.opcion.cl/documentos/biblioteca/ProteccionDerechos/ConsideracionJuridicaenChile.pdf>> [consulta: 17 de Mayo de 2013]

- CROWLEY, P. 1998. "Participación Infantil: Para una definición del marco conceptual" En ABEGGLEN, B. y BENES, R. (compiladores) "La participación de niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño: visiones y perspectivas". Actas del Seminario Bogotá, 7-8 de diciembre de 1998. Bogotá, Colombia. [En línea] <http://www.catedradh.unesco.unam.mx/BibliotecaCEDAW/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/1_d_h/8.pdf> [consulta:14 de Junio de 2013.]
- FIGUEREDO, A. [en línea] <<http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/docs/elderechoaseroido.pdf>> [consulta: 17 de Junio de 2013]
- Historia de la Ley 19.968 [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19968&anio=2013> [consulta: 24 de Abril de 2013]
- INE. 2012. Informe anual de Justicia 2011. Justicia, Informe Anual. Santiago, Chile [en línea] <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/justicia/justicia.php> [consulta: 2 de Abril de 2013]
- MORENO, José. Suma del libro "*Minucias del Lenguaje*" [en línea] <<http://www.fondodeculturaeconomica.com/obras/suma/r3/buscar.asp?idVocabulum=12&starts=O&word=o%EDr%20/%20escuchar>> [consulta: 17 de Julio de 2013.]
- Diccionario de la Real Academia Española. 2013. [En línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=escuchar>> [consulta: 20 de Junio de 2013.]

iii) Normativa.

a) Nacional:

- Chile. 2008. Boletín Número 5665-18. [en línea] <http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5665-18> [consulta: 11 de Julio de 2013]

- Chile. Código Civil. Última modificación: 21 de Junio de 2013 Ley 20.584 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>> [consulta: 5 de Abril de 2013]
- Chile. Constitución Política de la República de 1980. Última Modificación: 15 de Diciembre de 2012 Ley 20644 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>> [consulta: 25 de Julio de 2013.]
- Chile. Constitución Política de la República de 1980. Última Modificación: 15 de Diciembre de 2012 Ley 20644 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [consulta:28 de Marzo de 2013.]
- Chile. Ley 19.968. Editorial Mass Libros. Edición Actualizada por la Ley 20.480.

b) Internacional:

- Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989. [en línea] <[http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la Convencion](http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion)> [consulta: 21 de Marzo de 2013]

iv) Fuentes Hemerográficas.

- DE LA IGLESIA, M; VÁSQUEZ, M; PIERKARZ, W. 2008. *“Devenir de un cambio: del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”* En Anuario de Investigaciones. Volumen XV. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires. Argentina. [En línea]<http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S185116862008000100032&script=sci_arhttp://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-16862008000100032&script=sci_arttext> [Consulta: 29 de Mayo de 2013]

- LATHROP, Fabiola. 2010. *“María Sara Rodríguez Pinto. Recensión: El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia”* EN Revista Chilena de Derecho Privado (N° 15) Chile.
- PÉREZ, Ricardo. 2006. *“Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes.”* EN Revista Justicia y Derechos del Niño (N°8). Santiago, Chile.
- VARGAS, M., CORREA, P. 2011. *“La voz de los niños en la Justicia de Familia en Chile”* En Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. Talca, Chile.