

## DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

*Susana Espada Mallorquín*  
Profesora de Derecho Civil  
Universidad Adolfo Ibáñez

LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO. CORTE SUPREMA, 18 DE AGOSTO DE 2015, ROL 124-2015.

Ricardo G. Elías interpuso conjuntamente acciones de impugnación y reclamación de paternidad en relación con el niño P.A.N.G.D. Dichas acciones las interpuso en contra de su padre legal Juan P. Gatica y en contra del mismo menor representado por su madre Karina G. Díaz, para que se declare que el niño es hijo del demandante.

El tribunal de primera instancia acoge la demanda determinando la filiación no matrimonial del demandante don Ricardo. El demandado apela la sentencia y la Corte de Apelaciones confirma la sentencia de instancia y desestima el recurso de nulidad de forma, por considerarse improcedente.

El demandado interpone recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte que confirmó el fallo de primera instancia, que acogió la demanda y determinó la filiación no matrimonial del menor respecto del demandante, la Corte Suprema, actuando de oficio, invalida el fallo impugnado y retrotrae la causa al estado previo a celebrar la audiencia de preparación al juicio, debiéndose en alguna de las

etapas del proceso, conforme a lo que decida el juez no inhabilitado, escuchar directa y debidamente al niño.

### EL CONCEPTO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN EL ART. 12 DE LA CDN

Resulta especialmente interesante la presente sentencia de la Corte Suprema porque se hace cargo del deber que los tribunales chilenos tienen de dar a los niños, niñas y adolescentes la debida intervención en los procesos judiciales y administrativos en los que se discuten cuestiones que afectan a su persona y a sus intereses.

Tal y como se señala en el considerando cuarto de la sentencia el derecho del menor a ser oído se contempla en el art. 12 de la CDN y ha sido recogido en el art. 16 de la ley N° 16.968 sobre Tribunales de Familia como principio rector del contencioso de familia al disponer, en lo que interesa que:

“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 basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento...”<sup>1</sup>.

En este caso, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído en ningún momento al menor, de unos once años de edad, en una materia de especial importancia para sus intereses como es la determinación de su filiación.

Tal y como señaló la profesora Fabiola Lathrop, el fundamento del derecho a ser oído tiene su eje central en que la participación es un derecho esencial de todos los seres humanos. El “derecho del niño a ser oído” podría pensarse que solo abarca la idea de que un menor requiere de atención y cuidado, y por ello debe ser efectivamente “oído” por quienes le rodean. Sin embargo, este derecho supera esa visión limitada y demanda

“una perspectiva transversal para dimensionar su real alcance y situarlo en el plano que le corresponde dentro de la realidad jurídica chilena e internacional”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> De igual forma este derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en el ámbito judicial, también se contempla en los arts. 69 y 79 de la Ley de Tribunales de Familia, en el art. 3 de la ley N° 19.620 de Adopción, en el art. 85 de la LMC, en el art. 1 inciso final de la Ley 17.344, etcétera.

<sup>2</sup> LATHROP (2004), p. 201.

La consagración del derecho del menor a ser oído en la CDN y en otros instrumentos internacionales, permite afirmar la “internacionalización de los Derechos del Niño”, por lo que hay que partir precisando que no es necesaria una declaración legislativa que lo reconozca para que proceda su aplicación. El derecho a ser oído, consagrado en el art. 12 de la CDN, es operativo, comprometiendo su aplicación efectiva en los procedimientos judiciales vinculados con el Derecho de Familia y la inspiración de reformas legislativas que guíen las interpretaciones judiciales.

Un análisis jurídico detallado del mencionado art. 12 de la CDN revela que se trata de una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; pues apunta a la condición jurídica y social del niño que, por un lado, carece de la plena autonomía de un adulto, pero, por otro, es sujeto de derechos<sup>3</sup>. En el citado artículo se establece el derecho de cada niño a expresar su opinión en los asuntos que le afectan y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, en función de su edad y madurez. Chile, como Estado parte, tiene la obligación jurídica de reconocerlo y garantizar su observancia a través de normas que permitan ejercerlo. Eso sí, el niño tiene el derecho, pero no es una obligación, por lo que los Estados, a su vez, deben informarle y asesorarle de forma adecuada para que tome la decisión que en mejor medida favorezca su interés. Por lo tanto, el art. 12 de la

<sup>3</sup> Para un análisis detallado del mencionado precepto véase COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL, N° 12 (2009).

CDN pone de manifiesto que el niño tiene derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente aquellos derivados de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia de los adultos (provisión), sino, también, de su necesaria participación<sup>4</sup>.

Centrándonos en la sentencia objeto de este comentario tiene especial relevancia la referencia al apartado segundo del art. 12 de la CDN. Según el mencionado precepto:

“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”.

En consecuencia esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten a menores. Así el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas destaca que dicho derecho a ser escuchado es sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emer-

gencias. Igualmente señala que los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje<sup>5</sup>. De igual forma, puede ser escuchado directamente o por medio de representante, prefiriéndose siempre la forma directa<sup>6</sup>.

Por lo tanto, el derecho del niño a ser oído consagrado en el art. 12 de la CDN es operativo en nuestro ordenamiento, lo que implica su necesaria aplicación efectiva en los procedimientos judiciales vinculados con el Derecho de Familia y la inspiración de reformas legislativas que guíen las interpretaciones judiciales. En este

<sup>5</sup> Véase COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009).

<sup>6</sup> Así se señala por el Comité que el representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escucharlo se realiza a través de un representante, es de suma importancia que este transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el menor (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender de manera suficiente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños. El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad).

<sup>4</sup> A menudo se hace referencia a las “tres pes” de la CDN: provisión, protección y participación.

sentido la sentencia de la Corte Suprema, que se comenta, hace efectivo el derecho del menor a ser oído. Por ello, cabe destacar su relevancia, puesto que en la práctica chilena la CDN es mencionada, pero su uso es más bien formal y abstracto, que efectivo y real<sup>7</sup>.

*Consecuencias del derecho del menor  
a ser oído en la práctica*

En el plano teórico no se discute el derecho del niño a ser oído, hecho que emana de la premisa de considerarlo como un sujeto de derecho y de entender abandonadas posturas que lo relegaban a un mero objeto, subordinado a las potestades que sus padres ejercían sobre él. Atrás han quedado las doctrinas que entendían al niño como una especie de “propiedad” de los progenitores o de quienes lo tuviesen a su cargo<sup>8</sup>.

Como ha señalado la doctrina el derecho del niño a ser oído no se agota con la presentación de este ante el tribunal para ser escuchado por este. No basta una simple escucha, sino que es necesario que los niños, niñas y adolescentes sean parte en aquellos procesos judiciales en que se encuentre en discusión algunos de sus derechos<sup>9</sup>. De igual forma se ha señalado por los autores que la obligación de oírlo no debe ser confundida o equiparable con la de aceptar su deseo. Sin embargo, el juez sí que debe ponderar los principios en tensión y sopesar las alternativas de solución, y la opinión del niño tiene que tener un peso relativo

en la decisión que se adopte. Es por ello que en la fundamentación de la sentencia es preciso que el juez ponga de manifiesto que dicha opinión del menor fue tomada en cuenta. Como veremos, esta garantía está vinculada al derecho a la defensa de los menores, por lo que las resoluciones donde no se dé cuenta de dicha toma en consideración de su opinión, de su derecho a ser oído, podrán ser impugnadas<sup>10</sup>.

De hecho en este punto resulta relevante traer a colación la Sentencia de 24 de febrero de 2012 de la Corte IDH en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile<sup>11</sup>. En dicho caso, la Corte

<sup>10</sup> COUSO (2006), pp. 154-156.

<sup>11</sup> Recordando los hechos del caso la señora Atala contrajo matrimonio con el señor López en 1993. Posteriormente nacieron sus tres hijas en 1994, 1998 y 1999. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López decidieron dar término a su matrimonio por medio de una separación de hecho y establecieron de mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco. En noviembre de 2002, la señora E. de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a vivir en la misma casa con ella y sus hijas. En enero de 2003 el padre de las menores interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarica argumentando que el “desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. La señora Atala, en su contestación a la demanda señaló que las alegaciones relativas a su identidad sexual nada tienen que ver con su función y rol como madre, entendiendo que ni el *Código Civil* ni la ley de menores de edad contemplaban como una causal de “inhabilitación parental” el tener una opción sexual distinta. Antes de que se resolviera dicha demanda, el 2 de mayo de 2003, el juzgado de menores e Villarica otorgó la tuición provisional de las niñas al padre. Días después y, conforme a lo resuelto, la señora Atala entregó sus tres hijas al señor López. De ahí en adelante, las

<sup>7</sup> VARGAS y CORREA (2011), p. 199.

<sup>8</sup> LATHROP (2004), pp. 207-208

<sup>9</sup> Entre otros, LATHROP (2004), p. 207.

IDH constató que la Corte Suprema de Justicia chilena no explicó en su sentencia cómo evaluó ni tomó en cuen-

hijas de la señora Atala no volvieron a vivir con ella. El 29 de octubre de 2003 el juzgado de menores rechazó la demanda de tuición del padre señalando que con base a la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar maternidad responsable. Apelada la sentencia por el padre de las niñas, esta fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco. El 5 de abril de 2004, el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema un recurso de carácter extraordinario y sancionatorio, denominado recurso de queja, en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. La Corte Suprema concedió la orden de no innovar y el 31 de mayo de 2004 acogió el recurso de queja, concediendo la tuición al padre. En dicha oportunidad, la Corte Suprema expresó que el inciso primero del art. 225 del *CC* chileno, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, no es una norma absoluta y definitiva. En este contexto sostuvo que no era posible desconocer que la madre, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, había antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijos y se podría producir una posible confusión de papeles sexuales, lo que configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores. Además, indicó que las menores se encontraban en una situación de vulnerabilidad en su medio social, pues su entorno familiar difería significativamente del de sus padres. Dichas condiciones fueron consideradas como causa calificada conforme al art. 225 del *CC*, para justificar la entrega de tuición al padre. De manera paralela al proceso judicial de tuición reseñado, se inició en contra de K. Atala un proceso disciplinario. Se investigaron dos hechos fundamentales: las publicaciones en diarios de circulación nacional en las que se hacía referencia al carácter de lesbiana de la señora Atala y el uso indebido de material del tribunal. Después de realizada la visita al juzgado en el que la señora Atala era titular, el informe determinó la existencia de los

ta las declaraciones hechas por las menores de edad que constaban en el expediente, limitándose a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las menores, pero sin motivar o fundamentar la razón por la que era legítimo contradecir la voluntad expresada por las menores durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación del derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el interés superior del menor. Por todo ello, la Corte consideró que la Corte Suprema chilena violó el derecho de las menores a ser oídas y ser debidamente tomadas en cuenta. De hecho, se destaca por parte de la Corte que en este caso las niñas fueron escuchadas en primera instancia, pero no ante la Corte Suprema. Pese a la apreciación de la Corte IDH en relación con que la Corte Suprema de Chile no necesariamente tenía la obligación de escuchar una vez más a las niñas (tomando en cuenta la naturaleza particular del recurso de queja), sí considera que su derecho a ser oídas fue vulnerado en virtud de que escuchar a las niñas

siguientes hechos irregulares: la “utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez [...] de menores”; la “utilización indebida del sello del Tribunal” y las “publicaciones aparecidas en la prensa”. En cuanto a las publicaciones en los diarios, señaló que la publicidad de la condición sexual de la magistrada dañaba la imagen del Poder Judicial. El 17 de septiembre de 2010 sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte declaró violados los arts. 8.1 (referidos a la investigación disciplinaria), 11.2 y 24 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala; los arts. 8.1 y 24 en relación con los arts. 19 y 1.1, en perjuicio de las niñas. M., V. y R.

implica considerar sus opiniones y dar cuenta de ello en la sentencia, lo que no sucedió en este caso<sup>12</sup>.

En resumen, el sentido de la intervención del niño en los juicios donde está involucrado su interés personal o patrimonial, se fundamenta en la práctica en una mejor información del juez para que vele por sus intereses. No debe considerarse que sus declaraciones son un medio de prueba, sino que debe dársele su lugar en el procedimiento; de allí que pueda ocurrir ante el juez o la respectiva autoridad administrativa no solo cuando se le cite. Las expresiones que emita durante el proceso en que sea escuchado no son una especie de orden para el juez. La actitud correcta del juez ante el cual se presenta el niño es desentrañar su verdadera voluntad, interés y conveniencia. Lo que el juez oiga de él será un elemento fundante de su decisión, pero no su decisión misma. Su necesidad subjetiva deberá ser confrontada con la necesidad objetiva, ya que finalmente el juez resolverá teniendo en cuenta el interés superior del niño.

<sup>12</sup> Es preciso destacar, que en conocimiento del caso, la Corte IDH observó que tanto la madre como el padre de las niñas alegaban tener la representación de sus hijas. Frente a esta controversia, la Corte IDH consideró útil ordenar como prueba para mejor resolver, que las niñas fueran informadas de su derecho a ser oídas ante la Corte IDH y las consecuencias que su ejercicio implica. En el desarrollo del proceso se designó una delegación de la Corte IDH quien escuchó a dos de las niñas en la ciudad de Santiago, en calidad de víctimas, el fundamento utilizado por la Corte fue el considerar la capacidad progresiva de las niñas.

#### EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO (ARTS. 12 Y 3 DE LA CDN)

En la sentencia que se examina también se pone en evidencia que este derecho del menor a ser oído se extiende al del debido proceso. De hecho en el fundamento sexto se señala:

“(...) por el contenido específico de la controversia y la posición adoptada por la madre, el referido derecho a ser oído se extiende, obviamente, a la debida defensa, por lo cual la designación de su curador *ad litem* debió de efectuarse antes de la audiencia preparatoria, para que en ésta actuara dicho curador premunido de los antecedentes pertinentes, entre los cuales está haberse entrevistado con el niño”.

El Comité de los Derechos del Niño destaca la vinculación del art. 12 con el art. 3 de la CDN. Se menciona que el objetivo del art. 3 es garantizar que 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, se tenga en consideración primordial su interés superior. Lo que significa que toda medida que se adopte en nombre del niño tiene que respetar su interés superior. Dicho interés es semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés



superior del menor. La Convención obliga a los Estados partes a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas escuchen al niño conforme a lo estipulado en el art. 12 de la CDN. Se afirma:

“No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Véase COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009). También es cierto que la delimitación conceptual del interés superior en principio no ha estado exenta de polémicas. Se trata de una noción cuyos contornos son de difícil precisión y que ha dado pie a múltiples definiciones doctrinarias y jurisprudenciales. En este punto, algunos autores toman como referencia la *Children Act* de 1989 para definir y llenar de contenido este principio rector de la Convención. A pesar de que esta norma utiliza la noción de “bienestar del niño” y no de derechos, aporta interesantes elementos que ayudan a la configuración del citado interés, pues señala que los jueces deberán tomar en cuenta, en particular, los deseos y sentimientos de los niños, junto con su estado emocional, necesidades escolares, el efecto que el cambio de circunstancias pueda producir en su vida, su edad y sexo, entre otros elementos. Véase VARGAS y CORREA (2011), pp. 180-182.

Por lo tanto, tal y como señala la sentencia, la aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se entronca con el debido proceso. Es evidente que uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, entendido por la doctrina como la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y pruebas. Además, este se encuentra expresamente consagrado en el art. 40 de la CDN y en otros instrumentos internacionales como el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tampoco hay que perder de vista que el derecho a la defensa es una garantía de rango constitucional (art. 19.3 de la CPR) y alcanza también a los niños en su calidad de personas. Por ende, no pueden estar ajenos a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, ya que son parte constitutiva e inescindible del derecho a la defensa; libertad que se materializa a través del derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta<sup>14</sup>. Se señala que este derecho de defensa tiene una doble dimensión, por una parte, el derecho

<sup>14</sup> Algunos autores, como Julio Maier, van más allá y consideran que los niños tienen derecho a ser oídos, pero también a preparar su defensa y ofrecer resistencia a la posible decisión restrictiva de sus derechos. Por lo que la propia CDN estaría garantizando su derecho a participar activamente en la construcción del caso que le afecta; véase MAIER (2000), pp. 10-14.

personal del niño de ser escuchado y, por otra, el deber correlativo del juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando puedan verse afectados sus derechos por medio de un pronunciamiento judicial<sup>15</sup>.

Respecto a la forma en que el derecho a la defensa puede ejercerse, la regla general en virtud de la ley N° 18.120, es mediante la denominada defensa técnica o letrada a cargo de un profesional experto y de confianza elegido por las partes y no la forma directa por la parte afectada, lo que ocurre solo en los casos en que la ley habilita a las partes a comparecer personalmente sin el patrocinio de un abogado (autodefensa o defensa directa). Eso sí, como pone en evidencia Jaime Couso, en Chile la regulación legal del derecho de defensa técnica de los niños ante los tribunales de familia es algo defectuosa, pues el art. 19 de la Ley de Tribunales de Familia parte de la necesidad de defensa autónoma de los niños, pero asociada en la ley a la existencia de un “interés independiente y contradictorio” del de sus padres. Luego, por regla general, la representación radica en los padres y excepcionalmente en un curador *ad litem*. Es por ello, que el mencionado autor considera que la regla debería ser la inversa; que siempre se designase un representante y que los padres o representantes legales solo tuvieran esa representación en los casos en los que se descartase completamente la existencia de un interés contradictorio con el del menor<sup>16</sup>.

En cuanto a la práctica en Chile, estudios señalan que la figura del curador

*ad litem* creada por la ley N° 19.968 sí que opera, aunque con bajísima incidencia, como mecanismo de recuperación de la voz de los niños, sobre todo en los casos de vulneración de derechos. Sin embargo, no es sencillo precisar los criterios que utilizan los jueces para su designación, pues no constan las razones de ello. En dichos estudios los propios curadores advierten algunas dificultades para desempeñar su función en algunos aspectos prácticos como, por ejemplo, que son los padres o adultos significativos quienes deben facilitar el contacto y muchas veces lo obstaculizan o directamente lo niegan<sup>17</sup>.

Dicho lo anterior, también existen críticas a la figura del curador *ad litem* como garante de la participación del menor en la decisión del caso. Parte de la doctrina señala que el curador se convierte en una especie de filtro que distorsiona la representación del interés manifiesto del niño en el proceso, ya que es su lectura sobre lo que él considera es más conveniente al interés superior lo que prima, y no el interés manifiesto del niño<sup>18</sup>. Algunos autores, como Patricio Millán y Luis Villavicencio, consideran que teniendo en cuenta la experiencia comparada del Derecho anglosajón y siguiendo el principio de autonomía progresiva, a partir de cierta edad, los niños están capacitados para tener abogado propio y mantener con él una relación de confidencialidad y lealtad<sup>19</sup>. De hecho,

<sup>17</sup> VARGAS y CORREA (2011), pp. 192-193.

<sup>18</sup> COUSO (2006), pp. 159-160.

<sup>19</sup> Dentro de dicha referencia comparada se menciona a Estados Unidos donde existen cuatro modalidades distintas: *guardián ad litem abogado*, consiste en la designación de un abo-

<sup>15</sup> VARGAS y CORREA (2011), p. 185.

<sup>16</sup> COUSO (2006), pp. 158-159.



esta misma idea se recoge en el art. 5 de la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, que establece su derecho a ser asistidos por una persona a su elección para expresar sus puntos de vista, nombrar su representante y ejercer todos o algunos derechos propios de las partes en los procedimientos en que se vean involucrados.

Luego, si bien es cierto que el art. 19 de la Ley de Tribunales de Familia

---

gado que representa el interés superior del niño; el *guardián ad litem no abogado*, que es similar al anterior, pero como su nombre lo indica este representante no es abogado; la *conjunción entre guardián ad litem abogado y abogado tradicional*, donde se designa siempre un guardián que actúa como tal y, en casos excepcionales, se designa, además, a un abogado tradicional que representa el interés manifiesto del niño; y el *abogado tradicional* como aquel profesional que representa los intereses manifiestos del niño y se ciñe a sus instrucciones. En Australia, en general, el defensor actúa de acuerdo con las instrucciones del niño y, en algunos Estados, el representante debe ser asesorado por un trabajador social para identificar su interés superior. En Inglaterra, existe un sistema mixto: guardián *ad litem* (trabajador social) y abogado (*solicitor*) que por regla general recibe instrucciones del guardián o del menor, si este último tiene suficiente edad y madurez. Finalmente, una modalidad distinta es la del Estado de Québec en Canadá, toda vez que existe un sistema de carácter más bien administrativo, en el que prima la voluntariedad de los afectados para la aplicación de medidas de protección a cargo de la instancia administrativa. En los acuerdos para aplicar medidas de protección siempre se requiere el consentimiento del menor si tiene más de catorce años y este tiene derecho a consultar a un abogado. Si no existe acuerdo, se pide un pronunciamiento al tribunal. Conforme a la ley, los niños y adolescentes siempre, tanto en sede administrativa como judicial, tienen el derecho a ser representados por un abogado. Véase MILLÁN y VILLAVICENCIO (2002), pp. 41-91.

hace referencia al curador *ad litem*, algunos autores han destacado que esto no debería ser un impedimento de estándares de defensa, por ejemplo, al interior de la Corporación de Asistencia Judicial, que acoga la necesidad de que, como regla general, su defensor se comporte como un abogado del niño que garantice su participación en las decisiones judiciales y administrativas que le afecten y no en un interprete de su interés superior<sup>20</sup>. Dado que la citada ley no precisa el modelo de curador adoptado, si se trata de un guardián *ad litem*, de un abogado que representa el interés superior o de un abogado del niño, hay un amplio margen de acción en el ámbito del modelo de defensa jurídica y de representación especial, que les permita mayor grado de participación en el proceso.

Para concluir, considero oportuno hacer una breve referencia a la edad. Se trata de un menor de once años de edad. Esto abre otra interesante discusión sobre la edad a partir de la que los menores deben participar en el proceso y tienen derecho a ser oídos.

*La edad de los menores,  
su derecho a ser oídos y su participación  
en los procesos judiciales que les afectan*

En esta materia, Fabiola Lathrop destaca cómo la mayoría de divergencias se presentan respecto a la edad mínima en la que los niños tienen derecho a ser oídos, ya que sí que existe unanimidad a la hora de distinguir entre niños y adolescentes. Así, algunos autores aceptan, a la luz de los términos en que está redactado el

<sup>20</sup> En este sentido COUSO (2006), p. 160.

art. 12 de la CDN, que la edad mínima para formarse un juicio propio es tanto de diez años como de menos de esta edad conforme las circunstancias del caso concreto, porque la ley de forma expresa no establece edad mínima, dando un margen apreciable al magistrado. Por otra parte, desde el psicoanálisis se afirma que generalmente a partir de los ocho años todo niño debería poder comunicarse con el juez tantas veces como lo deseara. Otros autores señalan que a los menores de diez años no se les puede negar ser oídos por el juez, pues ello equivaldría a negarles ese derecho constitucional por su corta edad<sup>21</sup>.

En general, estoy de acuerdo con los autores que señalan que a toda edad, siempre que el menor pueda expresarse, debe ser oído, por el hecho de ser personas con derecho a participar en las contiendas judiciales que afecten a sus intereses. Todo depende de su edad, grado de madurez y de las circunstancias de cada caso en concreto<sup>22</sup>. En consecuencia, considero que en el ámbito legislativo no debería señalarse una edad precisa para oír al niño, sino que lo importante es que surja un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos al momento de escucharlo. En mi opinión, si bien la edad puede ser relevante, en el caso concreto el grado de madurez del menor es más determinante que el dato objetivo de su edad.

Sin embargo, en nuestro Derecho, el art. 36 de la Ley de Menores N° 16.618, se establece:

“El juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá o ir siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente”.

Al igual que otros autores, considero que este texto se encuentra tácitamente derogado por el art. 12 de la CDN, que garantiza el derecho de todo menor a ser oído. Además, del tenor del precepto lo que sí es posible interpretar es que el juez debe escuchar al púber, por lo tanto no cabe discusión acerca de su obligación, en cuanto a la escucha del varón de catorce años y la mujer de doce años<sup>23</sup>.

Qué sucede, entonces, en el caso de la sentencia en estudio donde el menor tiene once años. Si acudimos a la práctica de los tribunales en Chile, los informes que han estudiado esta materia señalan que, si bien no existen rangos o edades prefijadas, se advierte que los niños pequeños (menores de cinco años) son rara vez oídos en juicio. La escucha se sitúa desde los seis o siete años en adelante y, con una fuerte presencia de entre diez a catorce años, ya que los jueces consideran que dentro de ese rango de edad son menos influenciables o manipulables. En los casos de vulneración de derechos la situación diversa, pues a mayor edad, mayor participación. Los más grandes (quince a dieciocho años) hacen las denuncias, asisten a las audiencias, son oídos por el juez y, en algunas ocasiones, se les asigna un curador *ad litem*. No ocurre lo mismo con los niños más

<sup>21</sup> LATHROP (2004), pp. 211-212.

<sup>22</sup> MASON (2003), pp. 125-137.

<sup>23</sup> LATHROP (2004), pp. 213-214.

pequeños (cero a nueve años), cuya voz tiende a estar ausente en todo el proceso y es traducida, interpretada o ambas por adultos<sup>24</sup>.

De este modo, si bien la edad puede constituir un indicador, será el grado de madurez de cada menor en cada caso en concreto el que permitirá tomar con mayor peso su opinión en las decisiones que le afecten<sup>25</sup>. No obstante, esta opinión no es generalizada y al respecto existen dos criterios de interpretación para considerar apropiada la opinión del niño; por un lado, se encuentran aquellos que entienden que si la Convención no ha fijado la edad que se deba considerar apropiada o mínima a partir de la cual deba ser escuchado, la solución es recurrir a la *lex fori* y, por otro, aquellos que consideran que en cada caso particular deberá analizarse si el menor posee un grado de madurez suficiente para evaluar su propio destino y su propio bienestar<sup>26</sup>.

Se podría concluir que en la sociedad actual se concibe a los niños, niñas y adolescentes en dos grupos; por un lado, aquellos que son peligrosos y, por

otro, aquellos que están en peligro o son vulnerables, por lo que las regulaciones se destinan principalmente a su corrección y protección, pero no a garantizar su participación en los procesos judiciales y administrativos que les afectan<sup>27</sup>. Una legislación que solo se haga cargo de los aspectos correctivos y proteccionistas no es coherente con la idea que late en toda la CDN que parte de la sustitución de la idea de un niño objeto de compasión y amparo, por la concepción de un sujeto de derecho.

Es por ello que una sentencia como la presente que se hace cargo de la necesidad de garantizar el derecho del menor a ser oído y a participar en los juicios que afectan a sus intereses, como sucede en un juicio de filiación, abre la puerta a la esperanza de que la referencia del derecho del menor a ser oído deje de ser una cláusula de estilo vacía de contenido y pase a garantizarse de forma real y eficaz por los tribunales. Un menor de once años es una persona en todo el sentido de la palabra, que tiene el derecho a expresar sus opiniones en aquellos asuntos que le afectan como es la determinación de su paternidad, por lo que su opinión debe ser escuchada y tenida debidamente en cuenta.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009). “El derecho del niño a ser escuchado, 51° período de sesiones”, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio

<sup>24</sup> VARGAS y CORREA (2011), pp. 195-196.

<sup>25</sup> En cuanto a la determinación del grado de madurez para escucharlo, el niño que no haya alcanzado un juicio propio o los grados de edad y madurez correspondientes, debe ser igualmente escuchado, pero su opinión debe ser decodificada, descifrada, comprendida, con el apoyo de profesionales capacitados para interpretar lo que ha expresado, no siempre, y esto es importante, a través del lenguaje oral, sino utilizando diversos mecanismos destinados a tal fin. Indudablemente será el juez o la autoridad administrativa, según el caso, a quien le compete esta tarea de apoyarse en los profesionales correspondientes (psicólogos, psicopedagogos, asistentes sociales, etcétera).

<sup>26</sup> LATHROP (2004), pp. 215-216.

<sup>27</sup> CORVERA (2011), pp. 93-98.

- de 2009, disponible en [www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersionsACRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersionsACRC-C-GC-12_sp.doc). [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2015].
- CORVERA, Nicolás (2011). “Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos”. *Persona y Sociedad*. Vol. XXV. N° 2 Santiago.
- COUSO, Jaime (2006). “El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído”. *Revista de Derechos del Niño* N° 3 y 4. Santiago.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2004). “El derecho del niño a ser oído”, en María Dora MARTINIC (coord.). *Nuevas tendencias del Derecho*. Santiago: Lexis Nexis.
- MAIER, Julio (2000). “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en UNICEF. *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires: UNICEF.
- MASON, Mary Ann (2003). “¿Una voz para el Niño?”. *Revista de Derechos del Niño*. N° 2. Santiago.
- MILLÁN, Patricio y Luis VILLAVICENCIO (2002). “La representación de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”. *Revista de Derechos del Niño*. N° 1. Santiago.
- VARGAS PAVEZ, Macarena y Paula CORRERA CAMUS (2011). “La voz de los niños en la justicia de Familia en Chile”. *Ius et Praxis*. N° 1. Talca.