

**DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
A SER OÍDOS EN TRIBUNALES DE FAMILIA:
UNA APROXIMACIÓN PSICOJURÍDICA**

**CHILDREN'S AND ADOLESCENTS RIGHT
TO BE HEARD AT FAMILY COURT:
A JURIDICAL PSYCHOLOGY APPROACH**

MARÍA TRONCOSO VERGARA

Juzgado de Familia de Melipilla, Santiago, Chile.
m_o_troncoso@hotmail.com

CAROLINA PUYOL WILSON

Departamento de Desarrollo Institucional de la Corporación
Administrativa del Poder Judicial, Santiago, Chile.
carolina.puyol.wilson@gmail.com

Recibido: 08-11-2013. **Aceptado:** 03-06-2014.

Resumen: El presente documento realiza una reflexión en torno al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en la justicia de familia chilena en virtud de la normativa, tanto nacional como internacional, así como también en relación a la aproximación psicojurídica del ejercicio efectivo de dicho derecho. Se distinguen así el derecho a ser oídos de diferentes entrevistas judiciales, y se discuten los potenciales victimizantes y reparadoras de esta actuación judicial.

Palabras clave: Derechos de la infancia, psicología jurídica, victimización secundaria.

Abstract: This paper proposes a reflection about the children's rights to be heard in the Chilean Family Justice, according to both national and international regulations on that matter. Also it explores this issue from a juridical psychology point of view, analyzing different forensic interview protocols, added to the victimizing and repairing potentialities of that action.

Keywords: Children's rights, Juridical Psychology, Secondary Victimization.

1. Introducción

EL EJERCICIO DEL DERECHO de niños, niñas y adolescentes a ser oídos corresponde a un Derecho Fundamental consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por Chile en 1989 y que ha sido integrada en la normativa nacional, a través del art. 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, y especialmente a partir de la Ley de Tribunales de Familia y otras que conciernen a dicha jurisdicción. No obstante, la Convención de Derechos del Niño y el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en cualquier causa judicial que los afecte, no puede ser entendida como una norma aislada sino que debe ser comprendida en términos del Corpus Juris de los Derechos Humanos propios de la infancia y adolescencia, reconociendo así el conjunto de normas fundamentales regionales y universales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar sus derechos humanos y que deben aplicarse e interpretarse en forma coherente y armoniosa. De esta forma, “la existencia de un *corpus juris* incluye también para efectos interpretativos las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Tal perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños” (CIDH, 2001, p. 6).

A continuación, entonces, se realizará una revisión del *corpus juris* en materia de infancia, especialmente de las normas fundamentales de la *Convención de los Derechos del Niño* (ONU, 1989), las *Directrices sobre asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* (Oficina Internacional de los Derechos del Niño (2003), *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad* (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008) y la *Observación General N° 12* (ONU, 2009), las que pueden ser revisadas en torno al desarrollo de la noción del derecho a ser oído en términos de los aspectos que lo definen, regulan, conforman, facilitan e imposibilitan. Asimismo, la normativa antes descrita se evidencia y plasma en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala e Hijas vs. Chile*, del año 2012, la que se resumirá con el objeto de poder visualizar la integración de dicho *corpus juris* en un caso concreto.

La presente normativa internacional en torno al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos y su ejemplo en la sentencia del caso antes mencionado, posibilitará la reflexión en relación a consideraciones psicojurídicas de relevancia en el ejercicio de dicho derecho tanto en la justicia de familia

como de la intervención diaria de profesionales en este ámbito auxiliar de la justicia.

2. Normativa Internacional

La *Convención de los Derechos del Niño* (ONU, 1989) corresponde a uno de los tratados más ratificado de la historia de los Derechos Humanos, y es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales; los que se distribuyen en 54 artículos, y donde en su artículo número 12 corresponde al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos.

Este derecho consagrado se constituye como uno de los pilares fundamentales del referido tratado, puesto que es una manifestación clara y contundente respecto de la participación y dignidad de niños, niñas y adolescentes en su calidad de sujetos de derechos. De este modo, dicho derecho es expresado de la siguiente manera: “Los Estados Parte garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a 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” (ONU, 1989, pp. 13-14).

Para luego añadir: “Con tal fin, se dará en particular al niño la 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” (ONU, 1989, p. 14).

Posterior a la redacción de la Convención de Derechos del Niño, se encuentra otro instrumento internacional consistente en las *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas de delitos* (2005/20, Consejo Económico y social de Naciones Unidas), realizado por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño (2003) el cual entrega principios orientadores en relación a la participación de niños, niñas y adolescentes en su paso por los sistemas judiciales. Estos principios corresponderán al derecho a la participación; derecho a ser informados del proceso, la evolución de ésta y su participación, junto a las medidas de protección de que son receptores; derecho a ser oídos y a expresar su opinión y preocupaciones; derecho a una asistencia eficaz en la que “los profesionales deberán adoptar y aplicar medidas para facilitar testimonio o declaración a fin de mejorar la comunicación y comprensión del proceso” (Oficina Internacional de los Derechos del Niño, 2003, p. 7); derecho a la intimidad, evitando la

sobreexposición del niño, niña y/o adolescente; y el derecho a ser protegido de sufrimiento durante el proceso de justicia, otorgando certidumbre del proceso y apoyo a lo largo de la participación, la que debe ser en juicios expeditos, con procedimientos y lugares idóneos, que eviten la sobreintervención, interrogación por parte o en presencia del presunto agresor del delito (*careo o face to face*), y la adaptación de dicha declaración a las capacidades del niño, niña y/o adolescente.

Consecuentemente es posible mencionar las *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad* elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia durante el año 2008, en las que se define la condición de vulnerabilidad como “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, p. 5). Asimismo se destaca que todo niño, niña y/o adolescente debe ser necesariamente objeto de una tutela especial de sus derechos por parte del sistema judicial en consideración a su nivel de desarrollo.

Por lo tanto, para ejercer el acceso efectivo a la justicia por parte de los niños, niñas y adolescentes es necesario cumplir con la exigencia de la entrega de información a estos respecto de la forma, contenido y lugar de la comparecencia. A su vez, las condiciones de la comparecencia deben ser en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo que evite, al igual que se señala en el instrumento anterior, la confrontación con el inculpado del delito. Incluso se incluye la sugerencia o propuesta del uso de la videogravación de la participación del niño, niña o adolescente, con el objeto de evitar su repetición excesiva.

La forma de dicha comparecencia, entonces, debe ser adaptada en términos del lenguaje, estructurada de forma sencilla, y que evitando juicios de valor o críticas al relato, opiniones y sentimientos del niño, niña o adolescente. También se destaca que cualquier participación de una persona en condición de vulnerabilidad, en especial en el caso de niños, niñas y adolescentes, debe considerar el principio de intimidad evitando la publicidad de dicha audiencia.

Durante el año 2009, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU redacta la *Observación General n° 12*, correspondiente a una reflexión y análisis profundo en términos del artículo n° 12 de la Convención de Derechos del Niño. Este documento consigna entonces que “no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser

accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas” (ONU, 2009, p. 12). De esta forma, es necesario considerar la preparación de dicho niño, niña y adolescente respecto del proceso y sus efectos, siendo dicha audiencia en un lugar apropiado, en términos de condiciones de confidencialidad y no publicidad, la que se realice por medio de una conversación en lugar de un examen unilateral o una modalidad de interrogatorio.

Igualmente, deben considerarse de forma posterior la comunicación de los resultados del procedimiento al niño, niña o adolescente, existiendo a su vez mecanismos de quejas, vías de recurso y desagavios accesibles para estos. De esta forma, los procesos deben pretender ser transparentes, informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños/as y adolescentes, incluyentes, seguros y atentos al riesgo, y responsables.

En este sentido, *la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffó y Niñas vs Chile, de fecha 24 de febrero de 2012*, señala:

La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinan sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de los niños y las niñas con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino. De esta manera, la Observación General n° 12 de 2009, del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el Derecho a ser escuchado, al afirmar que no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (Interés Superior del niño), si no se respetan los componentes del art. 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 afectan su vida. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 63).

Por otra parte, agregó la Corte que con “el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) no se puede partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; ii) el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias; v) la capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso; vi) los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 63).

De esta forma, es posible observar que el derecho a ser oído consagrado en la Convención de los Derechos del Niño es insuficiente como único marco normativo a considerar no sólo en el ejercicio del derecho, sino que también en quienes son llamados como profesionales auxiliares del sistema judicial. Por ende, las prácticas que se lleven a cabo en virtud de dicho derecho deben propender a cumplir los estándares internacionales del marco jurídico común en términos de la interdependencia entre ellos, pero también deben funcionar como un apoyo a la hora de interpretar las normas y procedimientos nacionales en relación a la participación de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito judicial.

3. El derecho a ser oído en los Tribunales de Familia

En Chile el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en el ámbito judicial, se encuentra incorporado en la justicia de familia a partir del artículo 69 de la Ley 19.968 de Tribunales de Familia, la que se refiere a la comparecencia de niños, niñas o adolescentes donde “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, considerando su edad y madurez” (República de Chile, 2005, p. 26). El artículo además

agrega que dicha comparecencia puede ser llevada a cabo tanto en audiencias preparatorias como de juicio, o en otra especial fijada para dicho objeto, la que debe ser realizada en un “ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica” (República de Chile, 2005, p. 26).

A su vez, a dicho artículo se agrega el número 79, donde se menciona el derecho de audiencia con el juez que posee los niños, niñas y adolescentes, cuando se encuentre vigente una medida de protección judicial, la cual puede ser solicitada directamente por éstos o a través de un tercero (República de Chile, 2005).

Pero no solamente en la Ley de Tribunales de Familia es que se destaca el derecho de niños, niñas y adolescente a ser oídos, sino que también se manifiesta de manera expresa la necesidad de una audiencia con éstos en casos de adopción (Ley 19.620, artículo 3) (República de Chile, 1999); procesos de separación, nulidad de matrimonio y divorcio (Ley 19.947, artículo 85) (República de Chile, 2004); cambio de nombre (Ley 17.344, artículo 1 inciso final) (República de Chile, 2000), materias de cuidado personal, y relación directa y regular (art. 225-2 y 229 Código Civil) (República de Chile, 2007).

Por tanto, la legislación chilena ha adoptado e incluido el derecho a ser oído dentro de sus procedimientos judiciales, no obstante según Vargas *et al.* (2010a, p. 8), esta actuación procesal “carece de regulación específica, asume en la práctica diversas denominaciones: audiencia privada, audiencia especial o audiencia reservada”. Estas diversas designaciones no son entonces baladíes, puesto que podrían dar cuenta de diversas interpretaciones de dicho derecho en la práctica misma de dicha actuación procesal, las cuales podrían incluir u obviar el marco jurídico internacional común antes descrito. Para los efectos del presente artículo, se optará por la última denominación.

4. Entrevista reservada en el marco del derecho a ser oído

Uno de los elementos relevantes consistentes a la entrevista reservada en el marco del derecho a ser oído, corresponde a comprender, por un lado, que esta actuación procesal es en sí misma un tipo de entrevista especial, diferenciándose de otras, principalmente de aquellas propias del ámbito psicojurídico como son las entrevistas periciales, a pesar de que existan elementos y/u objetivos específicos comunes. Esta definición es relevante ya que diferenciará la forma en que nos aproximaremos a dicha actividad procesal. Y, por otro lado, es importante considerar el potencial victimi-

zante o resiliente que poseen ciertos tipos de participaciones judiciales en los niños, niñas y adolescentes (Poder Judicial, por aparecer; Guerra *et al.*, 2011; Canessa y Guerra, 2010; Cyrulnik, 2006).

En concordancia con lo anterior, la entrevista reservada no debería confundirse con otros tipos de entrevistas, como aquellas de carácter pericial por ejemplo, específicamente dado que no es necesariamente evidencia para la situación judicial, a pesar de corresponder a un factor de ponderación al momento de la sentencia. Esto se debe al derecho en virtud de las diferencias entre los medios de pruebas y la entrevista reservada, siendo ésta el ejercicio de un derecho, que no cumple los parámetros aplicables a las reglas generales de la prueba ni esta limitada además a una etapa procesal determinada (Poder Judicial, por aparecer), tal como se señaló previamente.

Por otro lado, esta entrevista no busca necesariamente abordar una exploración psicobiográfica, examen del estado mental y aspectos relevantes en relación a los objetivos de un dictamen pericial (Echeburúa, Muñoz & Loinaz, 2011), si no que busca la posibilidad de expresión de dicho niño/a y adolescente en virtud de su situación actual, la que “no se satisface simplemente consultando la opinión del niño en una oportunidad a lo largo del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas que ya han sido previamente definidas, sino 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” (Couso, 2006, p. 154).

Por esta razón, si bien podemos utilizar técnicas y adoptar herramientas propias de los protocolos que mundialmente se han desarrollado para entrevistas judiciales, éstas en general tienen un fin propio de los procedimientos penales y/o criminales, como la “Guía de Obtención de una Mejor Evidencia en Procedimientos Criminales” de Reino Unido (Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2011), el Protocolo de Entrevista Forense del Estado de Michigan (Family Independence Agency, 2010), o el Protocolo de Menores (PM) de Bull y Birch (Juárez & Sala, 2011), para nombrar algunos. Existiendo otros con una mayor especificación en virtud de un delito en particular, como son las vulneraciones en la esfera de la sexualidad a niños/as y adolescentes, dentro de las que es factible destacar el Protocolo de NICHD (Lamb *et al.*, 2007) y la Guía de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales (Ministerio Público de Chile, 2010).

De esta forma, efectivamente una entrevista reservada deberá propender a no guiar o presionar al que un niño/a o adolescente modifique su posición y versión de lo que manifiesta (Vargas *et al.*, 2010b), tal como sugieren todos los protocolos o guías antes mencionadas que buscan como principio obte-

ner la mayor cantidad y calidad de información. No obstante, la entrevista reservada no corresponde exclusivamente a una instancia de interrogatorio o método por el cual se obtenga información o datos de los hechos a probar, dado que contiene la posibilidad de otro registro necesario para la valoración de la sentencia, la existencia de opinión y sentimientos asociados en relación a los hechos, su situación actual como también la proyección futura de ésta. Pero, a su vez, posee la necesidad de que a quien se esté consultando conozca aquello respecto de lo que va a opinar, estando así informado del curso del proceso y de los efectos que podría tener en la vida del mismo, razón por la que la entrevista reservada puede configurarse como instancia que tenga por objeto la entrega de información, y no la exclusiva extracción de datos. Por tanto, puede desarrollarse durante este acto procesal la necesidad por parte de un niño/a o adolescente a ser informado u orientado en mayor profundidad respecto del procedimiento que se lleva a cabo, puesto que de base la normativa internacional ya nos exige como derecho la entrega mínima de asesoría respecto del proceso que se lleva a cabo.

De este modo, muchos de los protocolos anteriormente señalados apuntan a una lógica procesal criminal, la que busca conocer y/o acreditar un delito en término de su tipificación y circunstancias de comisión. Por lo que se aleja de una noción de participación activa del niño, niña o adolescente en su proceso judicial.

Por otro lado, los Tribunales de Familia poseen la competencia de visualizar una alta variabilidad de causas que involucran a niños/as y adolescentes, desde la regulación del cuidado personal; relación directa y regular; vulneraciones o amenazas de sus derechos; hasta la comisión de faltas por parte de adolescentes, para nombrar algunas (República de Chile, 2005). Por tanto, existe una amplia diferenciación en las temáticas abordadas que requieren una visualización lo suficientemente amplia que requiere indagar y conocer diferentes ámbitos de la situación del niño/a o adolescente que fundamentan su opinión y deseos. Por lo que las posibilidades de protocolizar una entrevista de estas características será una tarea compleja, ante la amplia variabilidad de objetivos que puede tener la misma y la comorbilidad de circunstancias de vulnerabilidad psicosocial. Y, por ende, podría limitar lo que en sí misma pretende: la expresión del niño, niña y/o adolescente.

Como se señaló con anterioridad, la posibilidad de que la entrevista reservada sea concebida como una prueba más, que nos otorgue meramente información que busque la convicción del juez/a de familia respecto de los hechos que se investigan, configura entonces a este acto procesal como una instancia con un potencial altamente revictimizante, dado que otorga prioridad a la búsqueda de un suceso vulnerador o específico, olvidando su

característica de sujeto de derechos, despersonalizando así su trato, factor relevante de la victimización secundaria (Gutiérrez de Piñeres, Coronel & Pérez, 2009).

Es importante destacar, entonces, que el concepto de victimización secundaria fue acuñado en los años 80 por Hans Heiner Kühne (1986), quien intenta así referirse al complejo fenómeno de consecuencias psicológicas, sociales, y/o físicas de índole negativa que experimentan las víctimas, y que se derivan del suceso delictivo, ya sea por el paso de ésta por el sistema judicial y asistencial como también a partir de la respuesta deficitaria del medio social del sujeto. De esta manera, se reconoce que “las víctimas se crean, en un proceso secundario, por las respuestas de la comunidad y sociedad sobre esa experiencia inicial. De esta forma, la sociedad y comunidad también se vuelven victimarios” (Blyth, 2008, p. 31), dado que por su condición de víctima, se ejercen violaciones de los derechos de ésta (Orth, 2002).

En general, este fenómeno ha sido estudiado y descrito en relación a las consecuencias que mantiene la víctima de un delito criminal con el sistema jurídico-penal (Echeburrúa, De Corral & Amor, 2002), donde existen diversos estudios tanto internacionales (Orth, 2002) como nacionales (Centro de Medición de la Pontificia Universidad Católica y Fundación Amparo y Justicia, 2009), que describen no sólo las etapas más complejas del proceso, sino que también sus efectos en virtud de la autoestima de la víctima como de su fe en el futuro, el sistema legal y la percepción de un mundo justo.

Sin embargo, este fenómeno no es sólo inherente al ámbito jurídico-penal o criminal, si no que corresponde a una manifestación de ambientes maltratantes y revictimizantes, las que pueden encontrarse en otros tipos de procesos judiciales, como, por ejemplo, aquellos que se dan curso en la justicia de familia. Esto se debe a que, si bien no necesariamente los casos que se visualizan conciernen a vulneraciones de derechos (que pueden constituir o no un delito), sí corresponden a situaciones familiares complejas, donde existen no sólo conflictos legales sino que situaciones de vulnerabilidad en los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales deben ser adoptadas medidas. Por ende, la victimización secundaria corresponde a un proceso en el que se genera u agrava un daño previo, en un sujeto de atención, al cual se le ignoran sus derechos, toda vez que no se adaptan los procesos en virtud de sus necesidades y/o situación de vulnerabilidad. Y es importante destacar que esta situación de vulnerabilidad no necesariamente corresponden a una situación intrínseca del sujeto, sino que también alude a la situación en que se encuentra éste, toda vez que ha acudido a una institución de justicia para la resolución de un conflicto, existiendo una situación de inequidad para con las instituciones que deberían aportar a dicho proceso.

La vivencia de sufrimiento, entonces, que puede ser el gatillante de una solicitud de ayuda al sistema judicial, será personal e imposible de comparar en virtud del tipo de causa y/o edad del niño/a o adolescente, puesto que es una vivencia particular que define la existencia y desarrollo de quien se encuentra padeciéndola. Por ende, la normativa internacional nos otorga un piso mínimo desde el cual adoptar los procesos acorde a las necesidades de dicho niño/a o adolescente, sin importar el motivo que abre el proceso judicial. De esta forma, la normativa internacional es clara, lo que también pudo verse plasmado en la sentencia antes presentada, la que señala el papel esencial de este derecho en todas las decisiones que afecten la vida de los niños, niñas y adolescentes, sin realizar diferencias. Por tanto, el tratamiento especial a este grupo etario debe ser especial en virtud de la vulnerabilidad en la que se encuentra por su estado de desarrollo, y no a partir de una valoración de gravedad establecida previamente por parte del Tribunal de Familia y/o los profesionales que se encuentren interviniendo en el proceso, ya que ésta es subjetiva. De este modo, el fundamento de regulaciones especiales en la materia corresponde a la entrega de una modalidad de buen trato y protección a dicho niño, niña y adolescente, ya que se reconoce el potencial victimizante de cualquier procedimiento judicial, y no necesariamente como un resultado de un tipo particular de delito o vulneración inicial sufrida, como por ejemplo un delito sexual o un maltrato grave. Así, una instancia de abandono o conflicto de cuidado personal pueden ser vivenciados por dicho niño/a o adolescente con la misma o mayor intensidad, que requiere de una atención especial, no sólo por la gravedad o riesgo de lo sucedido, sino porque son personas en desarrollo a las que se les debe reconocer su carácter de sujeto de derechos.

Por otro lado, entonces, el derecho a ser oído es por tanto una facultad a ejercer por parte de los niños, niñas y adolescentes, por lo que no debe ser visto como una obligación, incluso en los casos antes señalados de la normativa nacional, donde se expresa la necesidad de audiencia en ciertas materias. Por lo cual, el ejercicio de dicho derecho requeriría de la existencia de una instancia similar al llamado consentimiento informado propio de la psicología jurídica, donde pueda llevarse a cabo el derecho a la información hacia ese niño/a o adolescente en virtud de la actividad a realizar y sus alcances, para que así pueda existir una verdadera aceptación de llevar a cabo dicho tipo de participación en el proceso, la que no puede ser suplida por una orden judicial ni estar mediada por un engaño (Urrea, 2007). Asimismo, otro elemento esencial del consentimiento informado, propio de esta área de la disciplina de la psicología, corresponde a la explicación del manejo de la información que de dicha actuación concluya, ya que a diferencia de un

encuadre clínico, una instancia judicial implica la existencia de información que debe ser manejada principalmente por el/la juez/a de dicha causa, la que si bien debe ser resguardada en virtud de la protección de la integridad del entrevistado/a, no se constituye en un secreto profesional (Echeburúa & Subijana, 2008), ya que eventualmente puede requerir del inicio de otras instancias judiciales y/o procedimentales. Este punto es relevante en términos del ejercicio de este derecho, dado que, tal como se manifiesta anteriormente, una de las denominaciones de esta actividad en los Tribunales de Familia chilenos, corresponde al carácter reservado de dicha audiencia, “lo que no quiere decir que el entrevistador y el Juez deben participar como confidentes” (Poder Judicial, por aparecer, p. 90) del niño/a y/o adolescente.

Si bien existen opiniones en doctrina que sostienen que como “nada dice la ley respecto a las actuaciones destinadas a oír a los niños en el marco de un proceso judicial, al registro de éstas y/o a la forma en que debe considerarse su opinión en la decisión del caso, se deduce entonces la publicidad de estas actuaciones pudiendo los padres (e incluso los abogados) asistir a las audiencias o, al menos, tener un acceso al registro de lo obrado en estas audiencias (actas o audios). No obstante, la postura en relación a dicho punto por parte de quienes suscriben corresponde a la necesidad de que esta actividad judicial se desarrolle en un entorno de intimidad, confianza y protección, donde no se encuentren las partes presentes. Y que la divulgación de la información que de dicha actuación se deriva deba ser restringida en su generalidad, especialmente hacia las partes, para resguardar la protección de dicho niño/a y/o adolescente. Por esta razón, la ponderación y expresión de dicha fundamentación en la sentencia no será un ejercicio sencillo, pero deberá contener los elementos necesarios para cumplir con el objetivo de no exponer al niño/a y/o adolescente. A su vez, si existieran dudas del procedimiento por parte de las partes respecto de la decisión judicial, ésta debería ser impugnada a la I. Corte de Apelaciones correspondiente, la que deberá tener en cuenta el soporte de grabación de dicha audiencia reservada. Y, desde luego, la fundamentación de la sentencia debiera expresar la forma en que se ha recogido el parecer del niño y qué peso le ha dado el juez al momento de fallar” (Vargas *et al.*, 2010b, p. 17).

Por esta razón es importante que dicha decisión de la forma de realizar la audiencia reservada y el tratamiento de su información posterior, se tome en virtud del espíritu de los artículos 16 y 40 de la Convención de Derechos del Niño (ONU, 1989), en relación a la protección de intimidad, pero también en virtud de otros fenómenos tan propios de la psicología como son la existencia de dinámicas familiares donde se desarrollan alianzas y/o coaliciones entre sus miembros (Minuchin, 1995) que podrían favorecer

la existencia de inhibiciones y/o surgimiento de información distorsionada en virtud del contexto de exposición, o incluso podrían gestarse situaciones de conflictos de lealtades (Cabral & Isa, 2012).

Tal como puede observarse, el carácter de reservado o no de dicha audiencia no corresponde entonces a un capricho, sino que apela a uno de los aspectos fundamentales del fenómeno de victimización secundaria, toda vez que la información que en dicha actuación judicial se desarrolla comprende aspectos de la intimidad y vida personal de dichos niños/as y adolescentes. Por lo cual, el no otorgar un espacio de intimidad y protección, favorecería dicho fenómeno.

Y por último, respecto de la instancia de consentimiento informado requerido para iniciar el ejercicio del derecho a ser oído, es necesario, al momento de dar cuenta de los alcances de dicha actuación judicial, que dicha participación sea ponderada por el/la juez/a, no obstante no es vinculante a dicha decisión. Este aspecto es absolutamente relevante en virtud al impacto subjetivo que tendrá su intervención, puesto se le conferiría una carga al tener que definir una situación que de por sí podría ser dolorosa y compleja (Cabral & Isa, 2012).

5. Conclusión

La importancia del ejercicio de niños/as y adolescentes a ser oídos en la justicia de familia no radica sólo y exclusivamente en el mejor desarrollo de las sentencias y resoluciones judiciales, sino que corresponde a la materialización del trato de éstos como verdaderos sujetos de derechos, el que si se “toma en serio puede significar un cambio radical, tanto para los niños cuyas vidas se decidirán en la justicia de familia, como para las políticas de infancia, en general, por ese reconocido papel que las instituciones jurídicas desempeñan en la configuración de costumbre y cultura” (Couso, 2006, p. 148). Este trato como sujetos de derechos es efectivamente un cambio radical, puesto que, tal como señala Nicolás Corvera (2011), nos encontramos en una sociedad que concibe a los niños/as y adolescentes esencialmente en dos grupos, el primero de éstos en aquellos que son peligrosos, y en segundo lugar, a quienes se encuentran en peligro, por lo cual las políticas públicas se orientan exclusivamente a la protección y a la corrección, pero no a la participación de una co-construcción de sus propios procesos.

Y esta privación de la participación activa de éstos tiene efectos en el desarrollo de los mismos, ya que “una niña o niño que tiene la posibilidad de ser escuchado adecuadamente, estará siendo impulsado en su desarrollo a

devenir en una manera colaborativa de vivir en sociedad” (Fraczinet, 2011). Por tanto, el derecho a ser oído basado en modelo de buenos tratos hacia sí mismos como hacia a los demás será fundamental para el desarrollo de dichos niños/as y adolescentes en los ciudadanos y ciudadanas adultas con una estructura ética y altruista que pueda replicar dichos patrones en sus relaciones conyugales, parentales, familiares y sociales; sin embargo dicho logro no es sólo tarea de sus padres y cuidadores, sino de la sociedad en su conjunto por medio de cada adulto que configura la comunidad y principalmente por parte del Estado (Barudy, 2006).

Por esta razón es que hacen sentido iniciativas como la implementación de salas Gesell en los Tribunales de Familia, proyecto desarrollado por el Poder Judicial desde el año 2011, donde incluso el propio Presidente de la Excelentísima Corte Suprema en su discurso inaugural del año judicial 2013 señaló: “El año pasado informamos de la existencia de un proyecto piloto cuyo propósito es reducir la victimización secundaria del proceso judicial de niños, niñas y adolescentes, garantizando un espacio adecuado en los Juzgados de Familia para que puedan ejercer su derecho a ser oído consagrado en la Convención de los Derechos del Niño como en la propia Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia” (Ballesteros, 2013, p. 38). A su vez, en el mismo discurso se señala a continuación, del trabajo realizado desde su Tribunal piloto e impulsor, el Tribunal de Familia de Melipilla, en virtud del perfeccionamiento y capacitación realizada y que se requiere para el logro exitoso de dicha actuación judicial, dado que la mera herramienta de una sala Gesell no es nada si es que no se toma en cuenta una aproximación donde se ejecuten y reflexione en torno a los principios que incitan a desarrollar la participación de niños/as y adolescentes en procesos judiciales, pero también en relación a nuestras propias prácticas cotidianas.

Una práctica tan simple como el desarrollo de una conversación puede ser trascendental en la vida de un sujeto, puede cambiar su vida para siempre, tanto en un sentido negativo como también en un proceso de resiliencia que lo permita superar aspectos complejos de su vida (Cyrulnik, 2011). No olvidemos que en “el conversar construimos nuestra realidad con el otro. No es una cosa abstracta. El conversar es un modo particular de vivir juntos en coordinaciones del hacer y el emocionar. Por eso el conversar es constructor de realidades. Al operar en el lenguaje cambia nuestra fisiología. Por eso nos podemos herir o acariciar con las palabras. En este espacio relacional uno puede vivir en la exigencia o en la armonía con los otros. O se vive en el bienestar estético de una convivencia armónica, o en el sufrimiento de la exigencia negadora continua” (Maturana, 1996, p. 23).

A modo de conclusión, entonces, si bien los cambios que se han desarro-

llado desde la última década en relación a este derecho han sido un avance significativo, tanto en términos legislativos como de políticas públicas, no hay que perder de vista que requieren de un arduo trabajo y una reflexión constante que permita el logro efectivo del cambio cultural que implica, por un lado, la adquisición de un modelo de buen trato a los niños/as y adolescentes en sus participaciones judiciales, como también de que dicha participación se configure dentro de sus facultades como sujeto de derechos co-constructor de una realidad armónica con los otros.

Por eso, la importancia de una capacitación y perfeccionamiento permanente, por parte de los profesionales psicólogos en relación al ámbito judicial donde pueden desempeñarse es esencial, ya que moviliza el mejoramiento del ejercicio profesional y la visualización de malas prácticas que generan sufrimiento humano, las que obviamente deben ser erradicadas. La comprensión entonces de la normativa internacional y nacional que nos debe regir no es trivial ni meramente referencial, sino que corresponde a lineamientos dentro de los cuales debemos actuar, pero también exigir a la hora de cumplir con el ejercicio efectivo de dichos derechos tan sustanciales para la infancia y adolescencia.

Referencias bibliográficas

- Ballesteros, R. (2013). *Discurso de Inauguración del Año Judicial 2013*. Santiago de Chile: Poder Judicial.
- Barudy, J. (2006). *Los buenos tratos y la resiliencia infantil en la prevención de los trastornos del comportamiento*. Documento presentado en III Congreso Internacional y multidisciplinar de trastornos del comportamiento en la familia y escuela, Guadalajara, México.
- Blyth, C. (2008). *Terrible Silence, Eternal Silence*. Tesis para optar al grado de Doctor en Filosofía de la Universidad de Edinburgo.
- Cabral, R. & Isa, F. (2012). *Implicancias de la participación del niño en su proceso de adopción: Una mirada psi-jurídica*. Extraído de: http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/018_ROSA_CABRAL.pdf
- Canessa, P. & Guerra, C. (2010). Programa de entrenamiento para niños victimizados sexualmente que deben declarar en un juicio oral: Aportes de la terapia cognitivo conductual. En V. Arredondo & E. Toro, E. (eds.) *Espejos de infancia: Análisis e intervenciones en violencia infantil* (Pp. 177-192). Chile: Paicabí.
- Centro de Medición de la Pontificia Universidad Católica, y Fundación Amparo y Justicia (2009). *Percepción de los procesos de investigación y judicialización en los casos de agresiones sexuales en las Regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Bío-Bío*. Santiago de Chile: Centro de Medición de la Pontificia Universidad

- Católica y Fundación Amparo y Justicia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corvera, N. (2011). Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos. *Persona y Sociedad*, XXV (2), 73-99.
- Couso, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, 3-4, 145-148.
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad*. Brasilia: Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Cyrulnik, B. (2006). *El amor que nos cura*. Barcelona: Gedisa.
- Cyrulnik, B. (2011). *Morirse de vergüenza. El miedo a la mirada de otro*. Buenos Aires: Editorial Debate.
- Echeburúa, E., Muñoz, J. & Loinaz, I. (2011). La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 11 (1), 141-159.
- Echeburúa, E., Corral, P. & Amor, P. (2002). Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicothema*, 14, 139-146.
- Echeburúa, E. & Subijana, I. (2008). Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 8 (3), 733-749.
- Fraczinet, C. (2011). *Garantía del Derecho a Opinión de Niñas y Niños: Un aporte Psicojurídico a la Justicia de Familia*. Tesis para optar al grado de Magíster en Intervención Psicojurídica y Forense, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Guerra, C., Viveros, M., Calvo, B., Canessa, P. & Mascayano, F. (2011). Niveles de ansiedad en niños victimizados sexualmente que deben declarar en juicios orales: aportes de un programa de preparación. *Revista de Psicología de la Universidad de Chile*, 20 (2), 7-23.
- Gutierrez de Piñeres, C., Coronel, E. & Pérez, C. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15 (1), 49-58.
- Juaréz, J., & Sala, E. (2011). *Entrevistando a niños prescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense*. Barcelona: Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Kühne, H. (1986). Kriminologie: Victimologie der Notzucht. *Juristische Schulung*, 5, 388-394.
- Lamb, M., Orbach, Y., Hershkowitz, I., Esplin, P. & Horowitz, D. (2007). A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol. *Child Abuse & Neglect*, 31, 1201-1231.
- Maturana, H. (1996). *El sentido de lo humano*. Santiago de Chile: Dolmen Ediciones.
- Ministry of Justice from United Kingdom (2011). *Achieving Best Evidence in Cri-*

- minal Proceedings. Guidance on interviewing on using special measures.* United Kingdom: Ministry of Justice.
- Family Independence Agency (2010). *Forensic Interviewing Protocol*. 3rd. Edition. Michigan: Department of Human Services – State of Michigan.
- Ministerio Público de Chile (2012). *Guía de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales*. Santiago de Chile: Ministerio Público de Chile.
- Minuchin, S. (1995). *Familias y terapia familiar*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Oficina Internacional de los Derechos del Niño (2003). *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*. Canadá: Oficina Internacional de los Derechos del Niño.
- ONU (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ginebra: ONU.
- ONU (2009). *Observación General número 12: El derecho del niño a ser escuchado*. Ginebra: ONU.
- Orth, U. (2002). Secondary victimization of crime victims by criminal proceedings. *Social Justice Research*, 15 (4), 313-325.
- Poder Judicial (por aparecer). *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Manual de abordaje*. Santiago: Editora Poder Judicial.
- República de Chile (2007). *Código Civil*. Chile: República de Chile.
- República de Chile (2005). *Ley 19.968: Ley de Tribunales de Familia*. Chile: República de Chile.
- República de Chile (2004). *Ley de Matrimonio Civil*. Chile: República de Chile.
- República de Chile (2000). *Ley que autoriza Cambio de Nombres y Apellidos*. Chile: República de Chile.
- República de Chile (1999). *Ley de adopción*. Chile: República de Chile.
- Urra, J. (2007). Dilemas éticos de los psicólogos jurídicos. *Anuario de Psicología Jurídica*, 17, 91-109.
- Vargas, M., Correa, P., Barros, P. & Cerda, A. (2010a). *Resumen ejecutivo: Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia: El derecho a ser oído*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Vargas, M., Correa, P., Barros, P., & Cerda, A. (2010b). *Informe Final Estudio: Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales y UNICEF.