

«A criterio del juez»: desafíos para la participación infantil en justicia de familia* y** “At the Judge’s Discretion”: Challenges for Child Participation in Family Justice

MANUELA GARCÍA-QUIROGA***

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

BERNARDITA LOREDO HERRERA****

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

DOMINIQUE ROIG*****

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

ANDREA GONZÁLEZ-URBINA*****

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

VALENTINA VALLEJO CORREA*****

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Resumen: En la justicia de familia, uno de los mayores desafíos es hacer efectivo el derecho de los niños a la participación. Aunque la participación infantil entraña múltiples beneficios, como mayor autoestima, bienestar psicológico y prevención de posibles vulneraciones de derechos en los niños, se observan varias dificultades para que esta se haga efectiva en el contexto del tribunal. Estas incluyen priorizar los intereses del adulto, condicionar la participación del niño a su edad, y la falta de capacitación y regulación. El presente estudio realizó un análisis temático en base a entrevistas con jueces de familia chilenos sobre la participación infantil. Los hallazgos apuntan a una visión acerca de la infraestructura y de la organización institucional judicial que no garantiza ni facilita la participación infantil. La falta de estandarización y capacitación favorece que cada juez haga uso de habilidades y criterios personales para aplicarla o no, proceso donde se observa que frecuentemente influyen

* El presente artículo forma parte del proyecto Fondecyt 11190298, «Participación de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones en sistemas de protección en cuidados alternativos: Incorporando las voces de distintos actores del proceso» (IR Manuela García-Quiroga), financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID).

** Sección de resultados presentada en Congreso ISPCAN 2022: García-Quiroga, M. (28-30 de marzo de 2022). *Challenges for children's participation in family courts* [conferencia]. ISPCAN, Quebec, Canadá.

*** Doctora en Psicología (PhD) por la Universidad de Birmingham (Reino Unido).

Código ORCID: 0000-0002-4211-8889. Correo electrónico: manuela.garcia@pucv.cl

**** Psicóloga por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Viña del Mar (Chile).
Código ORCID: 0000-0002-6172-3611. Correo electrónico: bernardita.loredo.h@mail.pucv.cl

***** Psicóloga por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Viña del Mar.
Código ORCID: 0000-0001-8924-5546. Correo electrónico: dominique.roig.f@mail.pucv.cl

***** Psicóloga por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Viña del Mar; la Università degli Studi di Milano y la Università di Torino (Italia).

Código ORCID: 0000-0002-6204-3749. Correo electrónico: andrea.gonzalez.u@mail.pucv.cl

***** Doctora en Psicología por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Viña del Mar.
Código ORCID: 0000-0003-2871-1253. Correo electrónico: valentina.vallejo@mail.pucv.cl

ideas preconcebidas sobre la victimización secundaria y la capacidad de ejercer una participación significativa en relación con el nivel de desarrollo de los niños. Asimismo, se discuten las consideraciones que la ley y la institución legal deben tener en orden de garantizar la participación de niños, niñas y adolescentes en causas judiciales de familia.

Palabras clave: Protección infantil, audiencias reservadas, toma de decisiones, infancia, participación

Abstract: In family justice, one of the biggest challenges is to effectively guarantee the right of children to participate. Though participation implies multiple benefits for the child, such as increased self-esteem, psychological wellbeing and preventing violations of rights, it is possible to detect many obstacles for it to effectively occur in court. Among these, prioritizing adults' interests, conditioning participation of the child to their age and lack of formal regulations were noted. The present study consists of a thematic analysis of interviews with Chilean family judges about child participation. Findings point to a consideration of the infrastructure and the institutional legal organization as not being able to guarantee and facilitate child participation in the judicial system. Lack of standardization in norms and practices inside the courts encourages judges to base their decisions on their own personal abilities and criteria, frequently influenced by prejudice about revictimization and the capacity of children to exercise a meaningful participation related to their psychological development. In addition, considerations about how laws and family courts should promote child participation in family justice are discussed.

Keywords: Child protection, confidential meetings, decision-making, childhood, participation

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO TEÓRICO.- II.1. CONTEXTO JUDICIAL CHILENO.- II.2. BENEFICIOS DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL EN LA PROTECCIÓN.- II.3. ESTUDIOS EN RELACIÓN A LA PARTICIPACIÓN DE NNA EN DECISIONES JUDICIALES.- II.4. INVESTIGACIÓN EN CHILE.- III. METODOLOGÍA.- III.1. DISEÑO.- III.2. ASPECTOS ÉTICOS.- III.3. MUESTRA.- III.4. PRODUCCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS.- IV. RESULTADOS.- IV.1. CRITERIOS DEL JUEZ.- IV.2. ÁMBITOS DE PARTICIPACIÓN.- IV.3. PRÁCTICAS DISCRECIONALES.- IV.4. APORTES DEL RELATO DEL NNA.- IV.5. CUESTIONES DEL DESARROLLO.- IV.6. INTERFERENCIA PARENTAL.- IV.7. DIFICULTADES ESTRUCTURALES.- V. DISCUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1989, con la adscripción de Chile a la Convención de los Derechos del Niño, se inicia un cambio de lógica en la comprensión de la infancia como sujeto social. Uno de los aspectos más complejos en esta nueva forma de concebir a la infancia es el reconocimiento, por parte del Estado y la sociedad, del derecho a la participación de los

niños, las niñas y los adolescentes (en adelante, NNA) en la sociedad como sujetos activos. La Convención (2009), en su artículo 12, describe que «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 le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez», mientras que el artículo 16 del mismo documento rescata el interés superior del niño y su derecho a ser oído, siendo estos «principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal». Estos principios han sido recogidos en la Ley 21.302, que crea el Nuevo Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia «Mejor Niñez», con el objeto de generar las condiciones para promover la participación de los NNA por medio de las unidades regionales a cargo de nuevos analistas de participación. En este panorama, una de las grandes interrogantes es el rol del NNA como sujeto participante en el sistema de justicia y, en particular, en la justicia de familia.

Esta problemática cobra mayor relevancia al considerar la estructura y el funcionamiento del sistema de protección a la infancia en Chile (Servicio Mejor Niñez, ex Sename), altamente judicializado, en el cual todas las medidas de protección se establecen previa instrucción de los tribunales de justicia (Sename, s.f.), por lo que la participación de los NNA en el sistema proteccional depende en gran medida de las posibilidades que los dispositivos del sistema judicial faciliten para ello.

El presente estudio busca comprender cómo los jueces de familia se posicionan ante la participación infantil en el espacio del tribunal de familia, describiendo y analizando sus opiniones y actitudes sobre este fenómeno. Dada la relevancia de la figura del juez y su rango de acción en los procedimientos judiciales, así como su experiencia en primera persona en el campo, resulta de suma importancia recabar su visión sobre la participación de los NNA para entender qué desafíos es necesario resolver de cara a la promoción de una participación infantil significativa, así como de la protección integral de sus derechos.

II. MARCO TEÓRICO

II.1. Contexto judicial chileno

El Servicio Nacional de Menores (Sename) fue fundado en el año 1979 como un organismo gubernamental dependiente del Ministerio de Justicia Chileno con el fin de atender las necesidades de protección de niñas, niños y adolescentes, además de regular procesos de adopción y protección de derechos en jóvenes infractores de la ley (Sename, s.f.), quedando bajo la regulación del Poder Judicial a través de la acción de tribunales (Ley 2465, 1979).

Por otra parte, el Estado chileno ha declarado el derecho a la representación ante tribunales de cada individuo, ya sea por sí mismo o a través de profesionales competentes (Ley 18.120, 1982); mientras en el año 2004 se crearon los tribunales de familia y se reguló la figura del abogado curador *ad litem*, quien deberá trabajar en función del resguardo de los derechos de los NNA en medio de procesos judiciales (Ley 19.968, 1979; Bustos, 2019), haciendo énfasis en la calidad de sujetos de derecho y facilitando la posibilidad de agenciamiento (Sename, 2016). Aun así, es importante señalar que no existe en la legislación obligatoriedad de requerir la existencia del curador *ad litem* en cada caso, además de que en ocasiones estos no logran vincularse suficientemente con la red judicial (Bustos, 2019).

En este escenario, se ha comentado la necesidad de que los jueces de familia se muestren sensibles a las necesidades de la población en su contexto, incluyendo a la infancia como sujeto de derecho (Taylor *et al.*, 2012). No obstante, se ha hecho evidente la nula presencia de directrices técnicas acerca de cómo los jueces debieran poner en práctica el derecho a la participación infantil en la legislación nacional (Salum *et al.*, 2016). Con ello, la actualización de las prácticas judiciales para poder permitir la participación de los NNA resulta un desafío, tanto para Chile como para otros países con sistemas de protección altamente judicializados.

II.2. Beneficios de la participación infantil en la protección

Diversos estudios señalan que la participación infantil tiene efectos positivos para los NNA: brinda protección ante futuras vulneraciones de derechos, promueve el desarrollo de la autoestima de los NNA, y contribuye a su bienestar psicológico y a desarrollar sentido de autoeficacia (García-Quiroga & Salvo Agoglia, 2020; Stafford *et al.*, 2021). Junto a ello, la oportunidad de participar facilitaría la posibilidad de entender más claramente los propios derechos, mientras que los NNA experimentarían satisfacción al sentirse parte de la toma de decisiones (Lundy, 2018; Stafford *et al.*, 2021). Además, Atwood (2003) sugiere que hay mayor probabilidad de experimentación de malestar psíquico a largo plazo cuando los NNA no son consultados por sus opiniones que cuando sí lo son.

II.3. Estudios sobre participación del NNA en decisiones judiciales

La mayor parte de los estudios existentes sobre el tema se han desarrollado en países anglosajones. Un estudio internacional mostró que, a pesar de que múltiples países incluyen en su legislación la promoción de la participación infantil en asuntos legales de familia en función del derecho a ser oídos, la escucha efectiva no es frecuente y varía significativamente entre los jueces involucrados. Además, se señala

una falta de protocolización en torno a la solicitud de participación de los NNA, quedando esta a criterio de los jueces (Taylor *et al.*, 2012).

En relación con las preconcepciones que influyen en la decisión de incluir o no a NNA en causas de tribunales de familia, Hemrica y Heyting (2004) encontraron que en algunos países se toma como criterio el desarrollo cognitivo y la toma de decisiones racionales. Los autores señalan que el equiparar una toma de decisiones *racional* a una *buena* decisión condicionaría la participación del niño a su posibilidad de operar como un sujeto que toma decisiones semejantes a las de un adulto.

En la misma línea, se ha detectado que algunos factores que obstaculizan la escucha de los NNA en el tribunal serían la falta de actores que garanticen su participación (Velásquez & Ferrás, 2016); la ausencia de leyes que dicten la obligación de ejercer la escucha directa de los niños involucrados, dejando esto a criterio del juez (Atwood, 2003); la falta de capacitación de los jueces para facilitar la escucha; las insuficiencias en la infraestructura para las audiencias y la falta de articulación entre los funcionarios legislativos a cargo de cada caso (Estrella, 2016). Por otra parte, algunos factores que los jueces suelen considerar para decidir si se escucha o no a los NNA son la edad, así como la madurez cognitiva, psicológica y emocional del niño (Atwood, 2003). El mismo autor indica que algunos de los métodos más comunes para acceder a la mirada de los NNA involucrados en asuntos judiciales serán, en orden de preferencia, el testimonio de expertos en salud mental, el testimonio de las partes involucradas, la evaluación del NNA por parte de funcionarios de la corte, el reporte de curadores *ad litem*, la propuesta realizada por el abogado del NNA y, por último, la entrevista en privado con el NNA.

Mason (2003) refuerza la idea de que la escucha de los NNA siempre estaría interferida por la posibilidad de ser oídos e interpretados por los adultos involucrados, en tanto que serán niños pequeños los representados por el adulto cuidador y con base en los intereses de estos últimos. Los profesionales expertos en peritaje cobrarán luego más relevancia para que, finalmente, en la adolescencia, los NNA puedan ser oídos directamente por los jueces, aunque su opinión será filtrada en términos valóricos por estos últimos.

En la línea de lo recién comentado, Karle y Gathmann (2016) destacan la necesidad en tribunales de una atmósfera respetuosa del bienestar del niño y de mayor contención afectiva, argumentando además que la edad no es un motivo suficiente para la no inclusión, pues desde los 3 años ya existiría un deseo subjetivo y una memoria autobiográfica más consolidada. Para niños más pequeños recomiendan la observación directa de la conducta y la interacción con sus cuidadores.

«A CRITERIO
DEL JUEZ»:
DESAFÍOS PARA
LA PARTICIPACIÓN
INFANTIL EN
JUSTICIA DE
FAMILIA

“AT THE JUDGE’S
DISCRETION”:
CHALLENGES
FOR CHILD
PARTICIPATION IN
FAMILY JUSTICE

La participación de NNA en el sistema judicial es un tema incipiente en la investigación de habla hispana y, en particular, en el contexto latinoamericano y chileno. Vargas y Correa (2011) enumeran los principales métodos del sistema chileno para oír a los NNA, como la audiencia reservada, que no cuenta con estandarización ni protocolos para su aplicación; la participación mediada a través de peritos y psicólogos, que arriesga la integridad del mensaje del niño al tratarse de una cadena de interpretaciones; y los curadores *ad litem*, quienes no siempre tienen contacto continuo con el niño. Como dificultades anexas mencionan la infraestructura, que no beneficia el uso de instalaciones apropiadas para el trabajo con niños, y la falta de tiempo para lograr entrevistas acabadas y respetuosas con los NNA. Los autores advierten el riesgo de condicionar la participación de los niños a la edad cronológica o a hitos del desarrollo, destacando la necesidad de que los funcionarios judiciales puedan adaptar las formas de escucha a los NNA en diferentes etapas evolutivas.

Más adelante, Salum *et al.* (2016) destacaron la falta de capacitación estandarizada para jueces de familia en torno a la participación de NNA, inconsistencias en el proceder entre jueces, y la escasa participación de NNA en la toma de decisiones debido a una visión de ellos como sujetos pasivos y dependientes de otros adultos para expresarse. En un estudio realizado con abogados, Bustos (2019) identifica que algunos motivos comunes para no promover la participación de NNA son el temor a su victimización secundaria, percibir que su relato no aporta a la resolución del caso, un escaso desarrollo de lenguaje verbal, la presencia de discapacidades, o la falta de tiempo y espacios físicos adecuados. En esta misma línea, Carretta (2018) y Carretta y García-Quiroga (2021) evidencian temor a la victimización secundaria y resistencia en la cultura de los tribunales de familia de Chile hacia la utilización de salas Gesell, mermando las posibilidades de respetar el derecho a ser oído bajo circunstancias amigables para los niños. Al mismo tiempo, los NNA manifiestan que requieren de más información sobre los procesos y ser escuchados, mientras que la incorporación de las perspectivas planteadas por ellos permite adoptar decisiones más pertinentes y aportarían un mayor bienestar (Carretta & García-Quiroga, 2021).

En consideración a lo anteriormente expuesto, es posible señalar que tanto en Chile como a nivel internacional se observan obstáculos importantes para la efectivización del derecho de NNA a ser oídos y a participar en la toma de decisiones. El presente estudio pretende contribuir a la superación de estos obstáculos, explorando el discurso de los jueces de familia en torno a las instancias de participación de NNA en causas proteccionales, así como en la toma de decisiones que las mismas involucran.

III. METODOLOGÍA

III.1. Diseño

El diseño de esta investigación es de tipo cualitativo con enfoque interpretativo, ya que tiene como fin explorar e interpretar las percepciones y los significados propios de los participantes. En particular, este estudio tiene como objetivo describir y analizar las opiniones de jueces de familia sobre la participación de NNA en el proceso de toma de decisiones en estos contextos, con foco en las causas de protección. Para la exploración de las perspectivas de los participantes se optó por un diseño descriptivo-exploratorio.

III.2. Aspectos éticos

Esta investigación cuenta con la aprobación del Comité de Bioética de la institución académica correspondiente al presente proyecto de investigación. Se entregaron consentimientos informados a los participantes y todos los datos, tanto personales como institucionales, fueron anonimizados. La participación fue totalmente voluntaria.

III.3. Muestra

Los participantes de la investigación son jueces que se desempeñan en tribunales de familia ($n = 12$). Se ha optado por un diseño de estudio de casos típicos, utilizando un muestreo por conveniencia. Los criterios de inclusión son tener experiencia laboral de al menos diez años en procesos judiciales, la posibilidad de interactuar cotidianamente con NNA en dicha práctica y trabajar actualmente en una de las tres principales zonas metropolitanas del país. Así, se vieron representados en la investigación un total de tres tribunales de familia.

III.4. Producción y análisis de datos

Como instrumento de recolección de información, se optó por las entrevistas semiestructuradas. Con el fin de conocer el discurso de los jueces participantes en torno a la participación infantil en causas de tribunales de familia, las entrevistas exploraron el concepto en cinco ámbitos. Tres de ellos se basan en el modelo teórico de participación significativa de Bouma *et al.* (2019), el que destaca la necesidad de informar a los niños acerca de decisiones que les conciernen, escuchar sus opiniones y considerarlas en la toma de decisiones. En este sentido, las entrevistas exploraron: a) información: ¿se informa a los NNA en el proceso? ¿Sobre qué y en qué momentos? b) Escucha: ¿se recoge la opinión de los NNA? ¿Sobre qué temas? ¿En qué momentos? c) Consideración: ¿la opinión de NNA incide en la toma de decisiones por parte del juez? Además, se incorporan dos ámbitos adicionales: d) definición de participación infantil (¿qué se entiende por participación

«A CRITERIO
DEL JUEZ»:
DESAFÍOS PARA
LA PARTICIPACIÓN
INFANTIL EN
JUSTICIA DE
FAMILIA

“AT THE JUDGE’S
DISCRETION”:
CHALLENGES
FOR CHILD
PARTICIPATION IN
FAMILY JUSTICE

infantil?); y e) limitaciones a la participación (¿quiénes son informados/ escuchados/considerados? ¿Hay variaciones por tipo de causa, por edad o género de los NNA? ¿Quiénes son los actores más relevantes en el proceso?).

Las entrevistas duraron de cuarenta y cinco a sesenta minutos y fueron realizadas por la investigadora principal. Todas las entrevistas fueron grabadas en audio, transcritas y anonimizadas. La técnica de análisis elegida fue el análisis de contenido temático. Este método consiste en el análisis y sistematización de textos hablados o escritos con base en las temáticas encontradas, las cuales son estructuradas posteriormente en códigos y categorías. Se eligió esta técnica dada su idoneidad para organizar temáticas en los discursos hablados y su flexibilidad para levantar información, ya sea de manera *top-down* o *bottom-up*, permitiendo conservar el lenguaje propio de los entrevistados y crear información situada en su contexto. Los textos transcritos fueron sometidos posteriormente a codificación mediante el *software* de análisis cualitativo Nvivo. De este proceso se obtuvieron códigos que luego fueron organizados en familias de códigos según sus temáticas principales.

IV. RESULTADOS

El proceso de codificación dio origen a siete familias temáticas que caracterizan los relatos de los jueces respecto a la participación de NNA, las cuales serán expuestas a continuación (ver figura 1 hacia el final de la presente sección para el detalle de los temas y la relación entre ellos).

IV.1. Criterios del juez

En general, todos los jueces reconocen la escucha del niño como su derecho fundamental; no obstante, exhiben visiones ambivalentes ante su participación en el tribunal. Si bien en muchas ocasiones su relato se valora positivamente, otras instancias exhiben ciertas ideas negativas en torno a la presencia de los niños en el tribunal que se relacionan con potenciales riesgos asociados. Es común en el relato de los entrevistados el reconocimiento de la existencia de prejuicios que deben estar dispuestos a sortear para lograr una participación infantil más franca.

Yo creo que en todos los casos ha sido bien importante escuchar a los niños, los papeles te dicen de repente algo y uno al escuchar a un niño puede tener una opinión incluso diferente a lo que el papel te dice. Por eso, para mí, es muy importante escucharlos [...] para mí en todos los casos ha sido favorable escuchar a los niños (juez N.º 11).

Yo diría sí, es importante siempre en la medida en que nosotros, los adultos, estemos con la idea de escucharlos, no de confirmar nuestros

123

«A CRITERIO DEL JUEZ»: DESAFÍOS PARA LA PARTICIPACIÓN INFANTIL EN JUSTICIA DE FAMILIA

“AT THE JUDGE’S DISCRETION”: CHALLENGES FOR CHILD PARTICIPATION IN FAMILY JUSTICE

prejuicios y nuestras ideas [...] sería interesante medir el impacto que tiene en los niños o el cómo se sienten o cuál es la expectativa o qué es lo que a ellos les gustaría. De eso a mí me gustaría tener conocimiento, de cuál es ese impacto en los niños y si, efectivamente, ellos se sienten vulnerados al venir al tribunal o a lo mejor se sienten considerados. Pudiera ser que los niños se sientan considerados (juez N.º 10).

Muchos de los jueces hacen referencia a una preocupación por el bienestar del NNA en el dispositivo judicial. Ello actúa como motivador de la aplicación de ciertas estrategias personales para entrevistas o audiencias.

Le vamos a buscar un vaso de agua, le pasamos pañuelitos, que si quiere dejamos esto hasta acá, si quiere seguir hablando o no. Esperamos un ratito para que no se vaya llorando para fuera y ya después se le pasa. O sea, toda esa contención que explotó, ya como que se alivió y después ya se va un poco con pena, pero ya por lo menos se desahogó, alguien lo escuchó (juez N.º 1).

A través de estas acciones, los jueces buscan disminuir el nivel de ansiedad del niño y facilitar su participación. El interés por el bienestar del niño también se expresa en los objetivos que establecen los jueces para los procesos de escucha a los NNA:

[Sobre audiencia reservada] Primero escuchar al niño y como principal objetivo tratar de darse cuenta de lo que el niño está sintiendo en ese momento y cuáles van a ser sus requerimientos, porque los requerimientos de cada niño van a ser diferentes. O sea, yo creo que el cariño es lo principal (juez N.º 8).

IV.2. Ámbitos de participación

Respecto a los ámbitos de participación que competen a los NNA en juzgados de familia, se reconocen tres tipos de configuraciones: la «participación mediada», «participación directa» y la «no participación».

La primera y más común es la participación mediada, donde la participación de los NNA es canalizada a través de profesionales, quienes representan el bien mayor y su voluntad. Se identifican los informes periciales elaborados por profesionales externos como una valiosa fuente de información a la hora de tomar determinaciones. Esto se aprecia, sobre todo, en aquellos casos en que existe una dificultad para otorgar un relato verbal por parte del NNA, o para evitar su citación directa o repetida debido a la complejidad de la causa, o porque se considera vulnerante: «Por lo menos, si no los escucha en el tribunal, se escucha por intermedio del informe de pericias donde se expresa su opinión, etc., porque son los antecedentes en los cuales uno va basando

su decisión» (juez N.º 3). Sin embargo, los jueces reconocen que el informe como instrumento estaría permeado por las consideraciones de cada profesional, pudiendo no ser un reflejo fiel de los intereses y las opiniones de cada NNA.

Otras de las intervenciones mediadas relevantes para facilitar la participación son aquellas lideradas por los curadores *ad litem*, considerados por los magistrados como «la voz del niño» en el proceso judicial. Si bien no hay lineamientos para normar el contacto entre cada abogado y su cliente, se le señala como el principal responsable de saber qué es lo que los y las NNA desean e informarles sobre lo que acontece en audiencia.

Hemos tenido algunos casos de causas, cuando el juicio es más allá de las protecciones, en que al destinarle abogado curador se insta, y hay dos o tres curadores que pasan los celulares o los correos electrónicos a los niños para que en el proceso se comuniquen con ellos [...] Esa es una forma de participación, para mi entender, y no se me ocurre otra forma de poder escucharlos o participar a nivel legal, más que con los curadores o con la entrevista (juez N.º 2).

En cuanto a la mediación por parte del juez, se observa que los magistrados proceden entrevistando primero a NNA y luego a las partes —padres, principalmente— para aventajarse a estos últimos en función de lograr una resolución adecuada de ciertos casos. En esta línea, los jueces llegan a acuerdo con los adultos responsables actuando como mediadores de la voluntad del NNA.

escucho al menor y después me da pie a mí para hablar con los padres y hacerlos llegar a un punto de encuentro, porque ya escuché al niño, es como jugar con ventaja, porque yo sé lo que me dijo el niño y, obviamente, no se los puedo decir, «Arreglen esto, si el problema son ustedes, y por qué no hace esto o esto otro o va a esta terapia», y uno así va soplando un poquito: «Oiga, el niño no quiere eso, quiere otra cosa» (juez N.º 5).

En segundo lugar, y con menor frecuencia, se identifica la participación directa del NNA. La audiencia reservada es reconocida por los magistrados como la instancia por excelencia que permite la participación directa, ya que los NNA son citados sin necesitar la autorización de sus cuidadores, además de tener derecho a confidencialidad. Esta puede tomar lugar tanto en las inmediateces de los tribunales como en residencias de cuidado alternativo. Se prioriza la escucha de NNA que tengan capacidad de relato —mayores de 6 años, aproximadamente— y puede ser solicitada por los mismos NNA.

Se agenda una audiencia preparatoria, que son cercanas, debiese ser al quinto día, pero un poco por agenda no pasa de más de diez días; y, en esa primera audiencia, a veces vienen los niños y a veces los escuchamos en esa primera audiencia, sobre todo si son grandecitos (juez N.º 10).

Se le confiere especial relevancia a la escucha directa cuando las causas abordan visitas o cuidado personal, ya que afectarían de manera directa la cotidianeidad del NNA. No obstante, no se suele considerar una devolución o entrega de información directa al NNA luego de la resolución, teniendo más probabilidad de ser informados quienes tienen mayor edad en tanto se apela a su capacidad de comprensión.

Algunos magistrados prefieren utilizar la grabación de audiencia reservada realizada por otro colega antes que citarlos nuevamente, considerándose también una forma de participación directa en cuanto se rescata la voz del NNA sin mediación de un tercero: «A veces es difícil hacer venir de nuevo a los niños, entonces la pista de la audiencia confidencial que la tomó otro juez tú la puedes escuchar» (juez N.º 1).

Por último, existen espacios de resolución donde prima la no participación de los NNA, como casos donde no se considera que los NNA tengan la madurez o capacidad para otorgar un relato objetivable y, por lo tanto, no son considerados como un aporte a la resolución; causas de pensión alimenticia, por considerarse un asunto centrado en los adultos; casos en donde se considera vulnerante citar al NNA y se prefiere resolver con antecedentes aportados por profesionales; y cuando adultos responsables simplemente no traen al NNA a declarar, lo que constituye un fenómeno común.

En alimentos no voy a llamar a un niño, ni por si acaso, al divorcio de sus padres tampoco, no tiene nada que decir. Es pasarle temas de adultos a los niños. Solo en relación directa irregular, cuidado personal, protección. En violencia intrafamiliar, en la medida [de] que sea indispensable.

J: En alimentos, jamás; en relación directa irregular, depende; en cuidados personales, sí, yo los escucho siempre, a menos que sean muy pequeñitos, sí.

E: ¿Muy pequeñitos qué es?

J: Menos de 4 años.

E: Y ahí, en ese caso, no se les escucha porque...

J: Porque no hablan, por eso.

E: ¿Y no hay otros elementos u otra manera, otras metodologías?

«A CRITERIO
DEL JUEZ»:
DESAFÍOS PARA
LA PARTICIPACIÓN
INFANTIL EN
JUSTICIA DE
FAMILIA

“AT THE JUDGE’S
DISCRETION”:
CHALLENGES
FOR CHILD
PARTICIPATION IN
FAMILY JUSTICE

J: Claro, algunos son prácticamente bebés. Me han tocado causas de 2 años, 2 años [y] 8 meses; entonces, ni el juez ni los consejeros técnicos tienen el tiempo, porque una audiencia confidencial tampoco son cinco minutos, entonces atiendes una audiencia tras otra, no está ni el tiempo y tampoco está la preparación para, como para efectos de obtener algún tipo de información de niños muy pequeños (juez N.º 3).

Entre las resoluciones que tampoco incluyen la participación de los NNA se destacan los cambios de residencias del Sename, ya que estas dependen de criterios etarios propios del funcionamiento interno de la organización y no de tribunales de familia.

En los cambios de hogar, generalmente, en el caso mío, uno no los escucho mucho porque los cambios de hogar, la mayoría de las veces, pasan por una situación etaria; entonces, si un niño ya pasó de los 6 a los 12 en el mismo establecimiento, hacen la coordinación en el mismo establecimiento [...] es así porque son las reglas del juego, ahí no hay una mayor injerencia, a veces uno quisiera que los niños permanecieran más tiempo porque tienen ahí un hermano más chico o porque está más cerca de otro hogar que esta la hermanita que queda dos cuadras más allá, pero son cosas que no dependen de uno y tampoco se les entrevista para preguntarles qué les parece cambiarse a otro lado (juez N.º 3).

IV.3. Prácticas discrecionales

Los jueces señalan guiarse por sus propios criterios para tomar decisiones sobre cómo proceder, generalmente debido a una falta de protocolización.

Se observa que los jueces tienden a basarse en criterios arbitrarios para definir si escucharán al NNA, cuántas veces y en qué circunstancias, criterios que desarrollarían desde su propia experiencia trabajando con niños en el tribunal. Además, si la causa en cuestión está relacionada a una vulneración de derechos grave, muchos evitarán citar al NNA para evitar victimización secundaria. Otros jueces evitan siempre citar al NNA bajo la creencia de que el proceso de declaración es siempre traumático, independientemente de la causa:

Ahora, yo muchas veces le pregunto a los niños en las audiencias: «¿A ti te gustaría que, terminando el juicio, te hagamos pasar de nuevo y te informemos lo que el tribunal resolvió?». Ehh... eso depende de cada juez, ¿ah? (juez N.º 1)

Lo más probable es que lo voy a citar a audiencia, dependiendo de la edad. Si es un niño de 10 o 12 años que están pidiendo su cuidado personal, lo más probable es que quiera saber qué dice él (juez N.º 3).

Sí, yo la única diferencia que podría ver como de la literatura es que, en casos de daño o trauma complejo, más entrevistas pueden terminar siendo muy dañinas, entonces intento reservarme, incluso a veces trato de escucharlo a través de los informes que de él levantan. Yo te diría que, por lo pronto, es la única excepción a la regla. Pero en las otras, si el niño vino a la audiencia preparatoria y me dijo algo, y luego quiere venir a la del juicio donde se va a decidir, bienvenido sea (juez N.º 6).

Es interesante notar que los jueces indican que no existen protocolos o capacitaciones formales que los preparen para entrevistar niños, generando que cada juez utilice su propio criterio para diseñar las entrevistas. Algunos de los jueces consideran que sus habilidades para entrevistar niños son precarias e intuitivas, y manifiestan deseos de recibir mayor orientación al respecto.

no hay un protocolo, sino que el niño entra a la audiencia y uno recién lo conoce allí, y uno con las mejores herramientas que tiene, dentro de la personalidad de cada uno, se establece el diálogo con el niño. A veces te lo facilita un consejero, a veces no. No todo el mundo tiene buena llegada con los niños, no porque a uno no le guste el niño, sino que hay gente como que se pone nerviosa con los niños [...] eso depende de cada juez (juez N.º 1).

me gustaría que tuviéramos pautas directamente diseñadas para no pasar a llevar a los niños en la entrevista, porque todos tomamos las habilidades que tenemos propias, o no habilidades, porque puede que no tengamos habilidades para conversar con un niño, pero sería bueno tener una herramienta universal, quizás, o una forma, porque nos llegaron inicialmente con las salas Gesell como la capacitación, como: «Buenos días, preséntese, haga esto, haga lo otro», pero muy frío, muy de laboratorio (juez N.º 2).

IV.4. Aportes del relato del NNA

Se encontraron dos ideas centrales en torno al valor del relato del NNA. En la primera, se valora el relato de manera instrumental cuando entrega nueva información y/o permite confirmar la visión previa sobre el caso.

Cuando el niño introduce nuevos antecedentes o confirma los que tengo yo ahí, me es más fácil porque ya tengo como armado mentalmente y ahí trato de ajustar a la legislación lo que se puede o no se puede hacer. Pero cuando el niño me quiebra el prejuicio que tengo de la causa, ahí es más complicado y acá uso más lo que dicen los informes, pero en todos los casos hay que tener mucho cuidado con el cómo manifestar (juez N.º 2).

En la segunda perspectiva, el relato del NNA adquiere valor en cuanto permite conocer su perspectiva y sus intereses personales en torno al

caso, pudiendo considerarla al momento de tomar una decisión: «Aporta para que el juez pueda tomar conocimiento de cuál es la expectativa del niño, cuál es la visión que él tiene de su situación familiar y reconocer las condiciones que tiene cada niño en particular respecto de su situación» (juez N.º 10).

IV.5. Cuestiones del desarrollo

Una de las principales dificultades para hacer efectivo el derecho del NNA a ser escuchado fue la edad. Esto fue mencionado por la mayoría de los jueces en diversas oportunidades, quienes relatan que a menor edad, mayor complejidad en el procedimiento debido a cuestiones del desarrollo que impedirían que estos tuvieran un relato objetivable. Existen opiniones divididas entre jueces en tanto una parte considera que la capacidad verbal es fundamental para la participación, mientras que otro grupo minoritario valora la posibilidad de observar, por ejemplo, a lactantes o infantes, considerando el lenguaje no verbal. En cuanto a los primeros, las razones principalmente apuntan a la falta de lenguaje oral y escrito, pues se requeriría más tiempo y otro tipo de metodologías con las que no se cuenta en los tribunales. El acento estaría puesto en lo difuso o poco confiable que llega a ser el relato de los niños pequeños debido a la indiferenciación de lo real y lo imaginario, la dificultad de secuenciar sucesos temporalmente y a que están altamente expuestos a la influencia de sus cuidadores. Se observan aquí limitaciones importantes en la formación de jueces en relación con otras metodologías, más allá del relato oral:

[Un niño pequeño] no tiene un pensamiento tan hilado, como para preguntar ciertas cosas [...] hay jueces, incluso, que no interrogan directamente a los niños, lo hacen a través del consejero técnico porque se sienten más complicados» (juez N.º 1).

Si es un bebé, a lo más recuerdo una audiencia confidencial que hice con un niño de 2 años y fracción, pero fue en el fondo para verlo porque me hablaban [de] que este niño, con el maltrato que recibía, tenía alopecia y, efectivamente, cuando lo vimos con la consejera se le veían sus mechoncitos ausentes. Eso es un signo claro de que algo le está pasando, unido al resto de la información era evidente que era del maltrato que recibía (juez N.º 4).

Un importante número de jueces señala que la participación sería poco provechosa cuando se ve reducida la capacidad de comprensión contextual o de la causa judicial del NNA. Existirían las ideas de que la voluntad de los más pequeños no necesariamente implica un beneficio para su interés superior y, por lo tanto, no sería vinculante; y que un niño pequeño nunca podría declarar en contra de sus padres, pudiendo normalizar situaciones de negligencia por una falta de objetividad propia

de la edad. Por ende, se restringe la información que se le entrega al NNA, argumentando que las medidas tomadas están fuera del alcance de su comprensión.

«No quiero que me revisen los dientes porque tengo una carie y me va a doler», no lo revisan. «No me hagan la radiografía en el pie quebrado porque me va a doler» y no se la hacen. Y ahí está el niño con su voluntad y lo que tenemos después es un diablito a los 15 años que hace lo que quiere. Por eso, dependiendo de su grado de madurez y desarrollo, y del conocimiento que tenga de su situación, porque los niños que viven con adultos que son maltratadores, esa es su vida, no saben que existe una vida en la cual los adultos no lo maltratan, lo quieren, lo protegen y le dan la guía de sus obligaciones (juez N.º 4).

La gran mayoría de los jueces relaciona una mayor edad y desarrollo con mayor capacidad de expresión. Aun así, en ocasiones se reconoce que características como un mayor desplante favorecerían que niños menores tengan la misma o una mayor capacidad de expresión que algunos adolescentes tímidos o con discapacidad. Por otra parte, las niñas serían caracterizadas como poseedoras de un desarrollo comunicacional y emocional más avanzado que los niños de su misma edad, generando una mayor consideración de su relato.

A veces hay niños entre 5 y 10 años que tienen madurez para expresarse de la misma manera que un adolescente. A veces hay niños con algún diagnóstico médico, ya sea de salud física o mental, y eso lo tengo en consideración (juez N.º 5).

Se considera interesante, además, ilustrar con el siguiente diálogo entre juez y entrevistadora:

J: Quizás las niñas maduran un poquito antes, eso sí.

E: ¿Podiera considerarse su opinión con más peso desde antes?

J: Desde antes, claro, podría ser (juez N.º 3).

Una dificultad importante se presenta cuando hay condiciones biológicas, enfermedades o dificultades de salud mental, pues se cree que esto dificultaría que los NNA tengan la capacidad para manifestar su opinión, implicando un mayor despliegue de habilidades por parte de los profesionales del tribunal para rescatar su relato. Una de las técnicas más comunes es la observación directa del lenguaje no verbal del niño:

Por ejemplo, un niño sordo que no va a poder contactarse contigo, ¿significa que no tiene derecho a ser oído? No po', yo tendré que buscar las herramientas para que el niño se contacte. O un niño mudo, o una guagua, chuta, podré ver otras cosas, si está con la mamá, si se acurruca, si mama [...] el lenguaje no es solo esto, sino que [tiene] mucho de

«A CRITERIO
DEL JUEZ»:
DESAFÍOS PARA
LA PARTICIPACIÓN
INFANTIL EN
JUSTICIA DE
FAMILIA

“AT THE JUDGE’S
DISCRETION”:
CHALLENGES
FOR CHILD
PARTICIPATION IN
FAMILY JUSTICE

corporalidad, red, cómo se desenvuelve, esto que dicen «el niño no quiere ver al papá», y después tú sales a llamar y ahí el niño montado en el papá, feliz, sin ningún miedo (juez N.º 6).

Por último, se observa una mayor valoración del relato de adolescentes, principalmente debido a una mayor capacidad expresiva que aportaría más objetividad para resolver la causa y mayor comprensión, pudiendo así recibir más información sobre las decisiones.

A lo mejor un niño chico va a ver las peleas de los padres y va a notar que hay un ambiente tenso, pero no se va a dar cuenta del por qué. En cambio, un adolescente muchas veces se da cuenta de que es porque el papá tiene otra persona o la mamá tiene otra persona, y que a lo mejor el malo de la película no es tan malo (juez N.º 8).

Sobre todo cuando son adolescentes, sería bueno que el adolescente vuelva a entrar y se le explica la decisión, por ejemplo, de que se va a ir internada; o sea, en un caso así es lo más probable que la hagamos entrar y le expliquemos por qué se va a ir internada, o la medida que sea, por qué se va a ir con la abuelita y no con el papá o la mamá, etc. (juez N.º 4).

Adicionalmente, señalan que sería más dificultoso resolver contra un adolescente, ya que algunos de ellos son vistos como más resistentes a seguir indicaciones, implicando una mayor probabilidad de desacato. Así, hay mayor consideración de sus opiniones, mientras que la modalidad de entrevista sería más similar a las realizadas con adultos.

tienen un desarrollo de personalidad que es prácticamente el de una [persona] adulta, llevan vida de adulto, entonces uno puede hacer otro tipo de preguntas o interrogaciones, sacar más información, hacerle preguntas como para que ellas mismas se las respondan y se den cuenta para dónde van (juez N.º 3).

IV.6. Interferencia parental

Los jueces perciben que los adultos responsables del NNA obstaculizan la recogida del discurso de los NNA, teniendo relación con la calidad del vínculo entre el NNA y sus padres y el efecto que este puede tener en la declaración. Los jueces identifican múltiples formas de interferencia en el relato del NNA, que van desde inhibir al NNA a partir del temor a represalias posteriores por parte de alguno de los cuidadores debido al relato entregado hasta el desplazarse de su propio bienestar por parte del NNA en función de no ser separado de sus cuidadores.

Uno de los elementos adversos más mencionados es el riesgo de inoculación del relato de padres hacia hijos, representando el discurso del NNA los intereses adultos antes que los propios. Indican que el relato

inoculado de un NNA se caracteriza por su inconsistencia con otras partes del discurso amplio o por un lenguaje aparentemente impropio de un niño, indicando una declaración aprendida por repetición. Algunos jueces aseguran que a mayor edad o nivel de desarrollo, menor es la probabilidad de inoculación del relato.

Cuando hay un discurso inoculado de un niño se nota. Yo no soy psicóloga, pero llevo mucho tiempo en esto, entonces tú también puedes ir viendo cómo un niño dice o relata ciertas situaciones familiares, y otro que viene como más espontáneo, y otro ya que viene con un discurso armado (juez N.º 1).

Por lo general, uno ve que [hay inoculación] cuando todo lo que hace el otro padre o madre es malo, pésimo, horrible, y todo lo que hace el otro es fantástico [...], o repiten palabras que no son normales en el vocabulario de un niño de su edad, o los dichos que los niños dicen no se condicen con los otros medios de prueba cuando los hechos y las fechas no cuadran (juez N.º 11).

La interferencia parental fue, en todas las ocasiones, identificada como negativa. No solo en cuanto afectaría la fiabilidad del relato, sino en tanto generaría un perjuicio emocional en el NNA al forzarlo a modificar su relato en función de los intereses adultos. También se mencionó que la intervención de los padres podría coartar directamente el derecho a la participación de los NNA en el proceso en cuanto algunos de ellos buscan deliberadamente evitar que el niño asista a declarar.

Porque es una decisión del tribunal, no es una decisión que pasa por los padres. Me ha pasado que dicen «Nosotros no vamos a exponer...» en un juicio de relación directa irregular, hace poco me pasó [que me dijeron]: «No, es que no queremos que las niñas vengan». [Y respondí:] «Yo no estoy preguntado si quiere que vengan, tráigalas y yo les voy a preguntar si ellas quieren entrar». Pero no es decisión de los padres por ser representantes legales, me parece que el derecho a ser oído está por sobre eso (juez N.º 7).

IV.7. Dificultades estructurales

Los jueces mencionan carencias estructurales físicas o funcionales, las cuales influyen significativamente en las prácticas de participación. Dentro de las primeras identifican la falta de capacitación del personal judicial, pudiendo obstaculizar la participación de NNA al no contar con estrategias apropiadas para llevar a cabo intervenciones adecuadas. Los jueces que han recibido capacitación específica ha sido por motivaciones personales y no por requerimientos institucionales, dejando criterios de calidad y pertinencia de dichas capacitaciones a criterio del mismo juez. Entre los principales señalamientos de mejora

«A CRITERIO
DEL JUEZ»:
DESAFÍOS PARA
LA PARTICIPACIÓN
INFANTIL EN
JUSTICIA DE
FAMILIA

“AT THE JUDGE’S
DISCRETION”:
CHALLENGES
FOR CHILD
PARTICIPATION IN
FAMILY JUSTICE

que los jueces realizan ante la falta de capacitación se encuentra el saber cómo adaptar el lenguaje verbal y adulto al diálogo con niños pequeños, la inclusión de conocimientos más avanzados en los programas cursados y la necesidad de que estos sean estandarizados. En ese sentido, indicaron: «Deberíamos tener como [un proceder] uniforme, o protocolos de tener sala de juegos o lápices, o tener un vaso con agua para lograr que los niños se sientan un poco más cómodos y que se olviden un poco del conflicto» (juez N.º 2); o «Creo que en general ningún gobierno ha sido capaz de generar políticas de Estado en torno a la infancia. Entonces, en torno a eso tenemos un procedimiento súper vulnerador porque no tenemos personas capacitadas para hacerse cargo» (juez N.º 7).

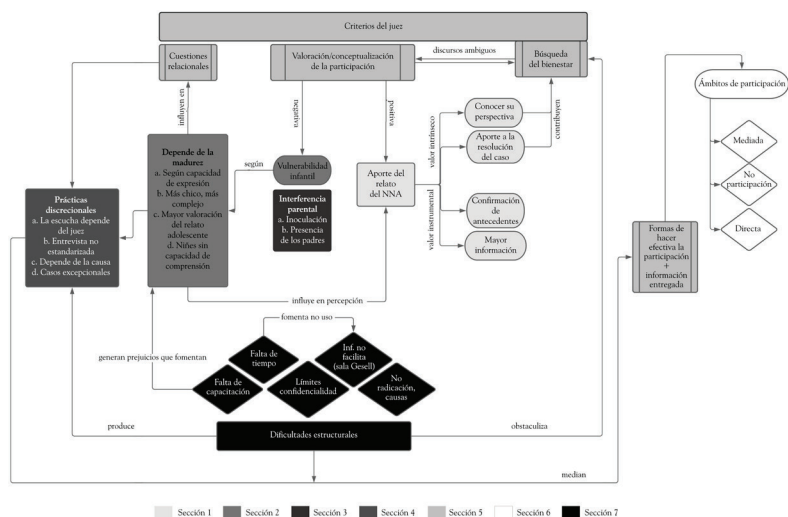
Por otro lado, la no radicación de las causas genera una falta de familiaridad en la relación entre los NNA y los funcionarios judiciales. Así, los jueces se muestran preocupados ante la posibilidad de que lo anterior merme la confianza del NNA hacia el sistema judicial.

Otra falla percibida tiene que ver con la falta de tiempo para realizar entrevistas apropiadas en el trabajo con los NNA, lograr un adecuado *rappport*, conectar emocionalmente con ellos y establecer una entrevista respetuosa. Ello también influirá en la dificultad para agendar nuevas entrevistas para informar a los NNA acerca de las decisiones tomadas en los casos que los involucran, incluso cuando los jueces consideran necesarias las instancias de devolución de decisiones al NNA: «Pienso que sería interesante e importante indicarle al niño o informarlo, pero lamentablemente los tiempos en la actualidad no nos dan» (juez N.º 11).

Se agrega entre las dificultades de tiempo el trasladarse físicamente hacia la sala Gesell y habilitar su uso. En relación con los aspectos mencionados, existen opiniones diversas: si bien algunos jueces señalan que las salas Gesell constituirían un ambiente menos amenazante para los NNA y declaran no haber percibido incomodidad en ellos durante su ocupación, la mayoría reconoce no sentirse totalmente conforme con su uso. Algunas de las críticas se relacionan con una ubicación poco accesible, como subterráneos o azoteas; una ambientación poco adecuada para niños pequeños; y una distribución espacial que dificulta el contacto directo entre los NNA y los jueces. Por otro lado, la dinámica en donde el entrevistador debe transmitir mensajes del juez que le son

enviados a través de un auricular es sentida por los jueces como artificial, incómoda y asimétrica.

Figura 1. Representación gráfica en torno a los siete temas esenciales del discurso de los jueces sobre participación de NNA*



* Cada uno de los temas esenciales tiene un color diferente. También se representan relaciones entre ellos. Fuente: elaboración propia.

«A CRITERIO DEL JUEZ»: DESAFÍOS PARA LA PARTICIPACIÓN INFANTIL EN JUSTICIA DE FAMILIA

“AT THE JUDGE’S DISCRETION”: CHALLENGES FOR CHILD PARTICIPATION IN FAMILY JUSTICE

V. DISCUSIÓN

La valoración o conceptualización de la participación, así como la idea que tiene cada juez sobre la mejor manera de buscar el bienestar para los NNA, están influenciadas por un entramado de significados en relación con la infancia y su participación. Se observa que los jueces construyen sus propios criterios generales y personales para la toma de decisiones sobre la participación infantil en el tribunal, los cuales parecieran estar fundamentados tanto en la propia experiencia como en la instrucción recibida en materia de justicia durante la formación profesional. En la conceptualización de la participación se configuran discursos ambiguos en torno a su relación con el bienestar: por un lado, hay jueces que reconocen la participación del NNA y la recogida de su relato en su valor tanto instrumental como intrínseco (ver figura 1, sección 1), así como el aporte que este genera para la toma de una medida que sea efectivamente beneficiosa para el niño; por otro lado, la visión de los NNA como entes frágiles y vulnerables influye en los espacios que se habilitan para su participación, siendo el nivel de desarrollo de estos (ver figura 1, sección 2) un determinante importante para los jueces en el grado de participación que se permite y en cómo se permite.

Los jueces también perciben a los NNA como vulnerables a los discursos y las conductas de su familia, la cual es entendida como un factor entorpecedor de la participación (ver figura 1, sección 3). Los imaginarios en torno al rol del NNA en el tribunal influyen notoriamente en el clima relacional que tiñe la manera de vinculación entre el niño y otros actores de este. Las carencias estructurales —como infraestructura inadecuada, falta de capacitaciones para el trabajo con niños y no radicación de las causas— influyen en cuanto son identificadas por parte de los jueces como un conjunto de factores extrínsecos que los instan a continuar tomando decisiones sobre criterios propios. Lo anterior evidencia que la falta de competencias para entrevistar a un NNA no es percibida como un elemento asociado al propio sistema de creencias de los jueces, lo que lo ubica como una variable sobre la cual tienen poca injerencia. Esto es especialmente importante, pues la primera categoría «a criterio del juez» es uno de los nudos críticos para la participación infantil en el sistema judicial identificado en el estudio, el cual se vincula estrechamente con las construcciones sociales y culturales que emergen en torno a la agencia infantil. En este sentido, las dificultades estructurales actúan como refuerzo de los criterios del juez sin que estos puedan otorgarle una atribución interna a dicho obstaculizador, lo que permitiría una mayor posibilidad de cambio en esta práctica.

Aunque se han tomado medidas para estandarizar ciertas formas e instancias de participación infantil en el dispositivo de los tribunales, estas no siempre se logran efectuar satisfactoriamente. Un ejemplo claro de este fenómeno es el rol de la sala Gesell en los procedimientos de escucha a los NNA. Si bien muchos jueces rescatan la iniciativa, indican que en la práctica resulta inconveniente de aplicar, lo cual conduce a que sea escasamente utilizada y se opte por entrevistar en la sala normal de audiencias. En este sentido, pareciera que la sala Gesell constituye un modelo que ha sido importado desde otras instancias, pero no se han facilitado las modificaciones estructurales suficientes en el modelo de justicia chileno como para que su uso resulte provechoso.

Con respecto a la participación del NNA, esta parece estar en la mayor parte de ocasiones supeditada a la representación que de él pueda hacer un adulto, ya sea el cuidador legal o un curador *ad litem*, o a través de documentos legales como informes de peritos profesionales o de diagnóstico. La única instancia de participación directa que todos los jueces mencionan sin excepción es la audiencia reservada; sin embargo, la modalidad de esta, así como la cantidad de oportunidades que se le entreguen al NNA para manifestar sus opiniones, son aspectos que quedan sin definir. Esto implica que el nivel efectivo de participación que cada niño puede alcanzar resulta azaroso e, inclusive, puede diferir entre distintos procesos legales donde el niño declare debido a la no radicación de las causas.

En este sentido, es relevante considerar que el artículo 69 de la Ley 19.968 plantea la necesidad de escuchar la opinión de niñas y niños en instancias como las audiencias, pero no aclara un mecanismo concreto para realizar esta tarea. Cabe la posibilidad de que estas constituyan instancias de participación no directa por parte del NNA a través de adultos representantes, entrevistas o informes. Tampoco se establece con claridad cómo resguardar la seguridad del participante, con lo cual se explica que la mayor parte de estas variables quede a criterio del juez de familia.

Un factor que juega un rol significativo en el problema de la participación es el temor por parte de los jueces hacia la posibilidad de interferencia parental o inoculación. Si bien los entrevistados señalan que los padres pueden coartar o contaminar sus discursos —asociados a posibles ganancias secundarias—, estos mismos también suelen considerar que el riesgo es mayor mientras menor es menor la edad del niño, por lo cual el discurso de niños más pequeños se consideraría menos creíble y tendría, presuntamente, mayor posibilidad de estar manipulado por terceros, lo que entraña el riesgo de discriminación hacia este grupo etario por parte del sistema. Un buen ejemplo es el hecho de que en las entrevistas los magistrados identifiquen el lenguaje idiosincrático como un indicio evidente de inoculación del relato. Esta visión arriesga invisibilizar a parte de la población de NNA; por ejemplo, a aquellos pertenecientes al espectro autista, que suelen presentar un lenguaje más complejo que otros niños de su edad, o a niños con mayores capacidades en el área verbal. Es posible que sus opiniones sean menos tomadas en cuenta al ser erróneamente interpretadas como indicios de inoculación por parte de otros adultos. Esta postura, de carácter adultocéntrico, entraña el riesgo de invisibilizar la propia agencia y/o conocimiento de los NNA sobre los problemas que viven. Ello plantea el desafío de desarrollar mecanismos que permitan discernir adecuadamente cuándo nos encontramos ante una sospecha razonable de interferencia parental versus cuándo la opinión que el niño expresa es, efectivamente, propia.

Otro prejuicio asociado a la edad es aquel que la relaciona intrínsecamente con el nivel de desarrollo. A pesar de que varios de los jueces reconocen que la capacidad de expresión de los niños no se puede asociar directamente a una edad determinada, también identifican que algunos de sus colegas eligen no citar a los niños por debajo de una determinada edad bajo la creencia de que no hay opinión que puedan emitir. No obstante, la Observación General N.º 12 del Comité de los Derechos del Niño establece que ni el nivel de información que posean los NNA ni su edad pueden implicar restricción del derecho a ser oído; y que, en el caso de los niños pequeños, deben reconocerse también formas no verbales de comunicación —como la expresión artística, lúdica o corporal—, entendiéndolas como medios participativos (Convención

«A CRITERIO
DEL JUEZ»:
DESAFÍOS PARA
LA PARTICIPACIÓN
INFANTIL EN
JUSTICIA DE
FAMILIA

“AT THE JUDGE’S
DISCRETION”:
CHALLENGES
FOR CHILD
PARTICIPATION IN
FAMILY JUSTICE

de los Derechos del Niño, 2009). En este sentido, concordando con lo planteado por Vargas y Correa (2011), más importante que la posibilidad del niño de «decir con palabras» será la disposición de los funcionarios de estar atentos a lo que el NNA busca comunicar.

Las situaciones mencionadas parecen evidenciar una problemática más compleja: el entendimiento de la infancia como grupo humano homogéneo en términos de desarrollo, que esconde la idea de que todos los NNA deberían actuar y sentir de la misma manera, y ser afectados de la misma forma por ciertos eventos. En este sentido, es importante recordar que tanto el principio de autonomía progresiva como el interés superior del niño, siendo ambos elementos rectores en el proceso participativo de los NNA, requieren de la consideración cuidadosa del contexto de cada NNA, lo mismo que de sus facultades propias y personales (Comité de los Derechos del Niño, 2009).

Teniendo en cuenta este punto, resultaría beneficioso habilitar instancias educativas que permitan a los jueces, así como a otros funcionarios en justicia de familia, reforzar y actualizar las competencias en relación con los derechos del niño y, asimismo, respecto del lugar que ocupa el NNA actualmente en las normativas nacionales e internacionales como agente activo y constructivo. Esto implica destacar la idea de que la protección y la participación no son fenómenos opuestos, sino complementarios. La participación, más que ser un proceso nocivo, actúa como factor protector y como medio para alcanzar otros de los derechos de los NNA, al permitirles comunicar sus necesidades y ser considerados en la sociedad como agentes constructivos, reforzando su autoconcepto y autoestima (García-Quiroga & Salvo, 2020). Es importante comprender que la participación de los niños no implica la adopción inmediata de todas sus opiniones y demandas sin un previo proceso reflexivo, sino la habilitación franca de plataformas donde sus opiniones sean tomadas en consideración antes de la toma de decisiones que les afectan directamente. Con ello, se ha de fortalecer la noción de que los NNA también ostentan un conocimiento valioso sobre sí mismos y sus propias vidas, el cual les entrega el potencial de gestionar cambios que puedan contribuir a su propio bienestar.

REFERENCIAS

Atwood, B. (2003). The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform. *Arizona Law Review*, 45(3), 629-690 <https://arizonalawreview.org/atwood-3/>

Bouma, H., López López, M., Knorth, E. J., & Grietens, H. (2018). Meaningful participation for children in the Dutch child protection system: A critical analysis of relevant provisions in policy documents. *Child Abuse & Neglect*, 79, 279-292. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2018.02.016>

Bustos, A. (2019). *La representación judicial de los niños en los procedimientos protectores: Estudio crítico sobre cómo opera en la práctica la figura de los abogados curadores ad litem de niños, en los procedimientos protectores seguidos antes los tribunales de familia*. Universidad Diego Portales.

Carretta, F. (2018). Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena: estudio a partir de un análisis empírico. *Revista CES Derecho*, 9(1), 118-142. <http://dx.doi.org/10.21615/cesder.9.1.7>

Carretta, F., & Garcia-Quiroga, M. (2021). Justicia de familia y victimización secundaria: un estudio aplicado con niños, jueces y abogados. *Derecho PUCP*, (87), 471-497. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.014>

Estrella, K. (2016). *Resolución de conflictos por parte de los jueces especializados de familia y el interés superior del niño en el distrito judicial de La Libertad, período 2013* [tesis para optar al título de abogada, Universidad Privada Antenor Orrego]. <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/1823>

García-Quiroga, M., & Salvo Agoglia, I. (2020). Too vulnerable to participate? Challenges for meaningful participation in research with children in alternative care and adoption. *International Journal of Qualitative Methods*, 19, 1-11. <https://doi.org/10.1177/1609406920958965>

Hemrica, J., & Heyting, F. (2004). Tacit Notions of Childhood: An analysis of discourse about child participation in decision-making regarding arrangements in case of parental divorce. *Childhood*, 11 (4), 449-468. <https://doi.org/10.1177/0907568204047106>

Karle, M., & Gathmann, S. (2016). The State of the Art of Child Hearings in Germany. Results of a Nationwide Representative Study in German Courts. *Family Court Review*, 54(2), 167-185. <https://doi.org/10.1111/fcre.12212>

Lundy, L. (2018). In defence of tokenism? Implementing children's right to participate in collective decision-making. *Childhood*, 25(3), 340-354. <https://doi.org/10.1177/0907568218777292>

Mason, M. A. (2003). "¿Una voz para el Niño?". *Revista de Derechos del Niño*, (2), 115-137. <https://vlex.cl/vid/voz-nino-651229913>

Salum, E., Salum, S., & Saavedra, R. (2016). Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: La audiencia confidencial. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, 26(2), 53-78. <https://doi.org/10.15359/rldh.26-2.3>

Servicio Nacional de Menores (Sename). (s/f). *Nuestra institución*. <https://www.sename.cl/web/index.php/nuestra-institucion/>

Servicio Nacional de Menores (Sename). (2016, abril). *Nota técnica N° 2-2016; El derecho a la representación jurídica de niños, niñas y adolescentes. Unidad del Comisionado para la infancia y la adolescencia*. https://www.sename.cl/wsenname/otros/NT-2_11-05-2016.pdf

«A CRITERIO DEL JUEZ»: DESAFÍOS PARA LA PARTICIPACIÓN INFANTIL EN JUSTICIA DE FAMILIA

“AT THE JUDGE’S DISCRETION”: CHALLENGES FOR CHILD PARTICIPATION IN FAMILY JUSTICE

Stafford, L., Harkin, J., Rolfe, A., Burton, J., & Morley, C. (2021). Why having a voice is important to children who are involved in family support services. *Child Abuse & Neglect*, 115. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2021.104987>

Taylor, N., Fitzgerald, R., Morag, T., Graham, A., & Bajpai, A. (2012). International Models of Child Participation in Family Law Proceedings following Parental Separation / Divorce. *The International Journal of Children's Rights*, 20(4), 645-673. <https://doi.org/10.1163/15718182-55680006>

Vargas, M. & Correa, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia en Chile. *Ius et Praxis*, 17(1), 177-204. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100008>

Velázquez, G., & Ferrás, I. (2016). La escucha del niño en Cuba. Nuevos retos para la justicia de familia. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. <https://www.eumed.net/rev/caribe/2016/09/ninos.html>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Convención de los Derechos del Niño, Observación General N.º 12, El derecho del niño a ser escuchado (Naciones Unidas, 2009). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Ley 18.120, que Establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales (Junta de Gobierno de la República [Chile]). *Diario Oficial*, 18 de mayo de 1982. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29544>

Ley 19.968, que Crea Tribunales de Familia de Chile (Junta de Gobierno de la República [Chile], 25 de agosto de 1979). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>

Ley 2465, que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica (Junta de Gobierno de la República [Chile], 16 de enero de 1979). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6929>

Recibido: 26/10/2022
Aprobado: 22/03/2023