Modifica la ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, con el objeto de regular el derecho de audiencia con el juez

Boletín N°12417-18

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

1.- Chile suscribe la Convención sobre los Derechos del Niño el 26 de enero de 1990, siendo promulgada el 14 de agosto de dicho año y vigente a partir de su publicación en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

2.- La aplicación de la citada convención en Chile tiene su fundamento inmediato a través del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República que establece como límite de la soberanía, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se reconocen tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, previa aceptación de que la citada Convención establece derechos fundamentales.

3.- La entrada en vigencia de la Convención en Chile ha provocado una serie de modificaciones legislativas, justamente como una manera de adecuar la normativa nacional al instrumento internacional, dentro de las cuales destaca especialmente para nuestro propósito la Ley de Tribunales de Familia, Nº 19.968, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto del año 2004, comenzando a regir el 1º de octubre del año 2005.

4.- Pues bien, en lo medular, el presente proyecto de ley pretende ser un aporte y una verdadera herramienta legal que garantice el ejercicio pleno de todo niño, niña y adolescente, cuyos derechos e intereses sean expuestos al conocimiento y escrutinio de la judicatura competente en materia de familia, especialmente en aquellos casos de riesgo o vulneración efectiva de los mismos. Al respecto y para mejor comprensión, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone lo siguiente:

“1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.- 2. Con tal fin, se dará en particular al niño 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”.

5.- El derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes de participar en el procedimiento judicial, también conocido como el derecho a ser oído, por medio del cual manifiestan su opinión -tanto directa como indirectamente a través de su curador ad-litem- no se considera en la actualidad por nuestra normativa con un carácter estrictamente vinculante, quedando relegado como un derecho a ser tomado en cuenta por el juez, sin que sea necesario una audiencia para ello. En este sentido, el derecho del niño a ser oído especialmente en el ámbito judicial, no es un tema doméstico o de menor relevancia, sino que por el contrario, se vincula de manera indefectible con el derecho a defensa en su amplio concepto, técnico y material, consagrado a nivel constitucional y garantizado a todas las personas en su artículo 19 N°3, dentro de los cuales –evidentemente- están consideradas aquellas que no han alcanzado la mayoría de edad legal en nuestro país.

6.- En el ámbito nacional, el derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en el procedimiento judicial tiene su fundamento en los incisos primero y segundo del artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, que dispone lo siguiente: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.”

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.” Lo anterior, sin perjuicio de otras disposiciones legales que hacen mención al derecho de ser oído, diseminados en nuestro ordenamiento jurídico, a saber,

los artículos 227 y 242 del Código Civil, el artículo 85 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, el artículo 3 de la Ley N° 19.620, sobre Adopción, la Ley N° 21.057 que regula la entrevistas grabadas en audio y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, entre otros cuerpos legales.

7.- Sin embargo, siendo más específico, en materia proteccional, cuando se discute la separación de los niños respecto de sus padres, el inciso segundo del artículo 72 de la Ley N° 19.968 establece el deber del juez de informar a las “partes” sobre las etapas del procedimiento, sus derechos y deberes, y responder las dudas de éstas, acentuando que dicha información a los niños, niñas o adolescentes se efectuará en un lenguaje comprensible. Complemento de lo anterior, lo constituye el artículo 69 del citado cuerpo legal, que a su vez acentúa la obligación que pesa sobre el juez de tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez. A continuación, el mismo artículo señala que el juez, para efectos de tener en cuenta la opinión del niño, puede escucharlos en las audiencias preparatoria y de juicio, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

8.- Siendo así las cosas y, dejando al margen las audiencias ordinarias que contempla el procedimiento judicial en materia de familia; a saber, la preparatoria y de juicio, la audiencia por excelencia para hacer efectivo el derecho a ser oído y conocer en definitiva la opinión de todo niño, niña y adolescente por parte de la judicatura es la regulada en el artículo 79 de la Ley N° 19.968, la que prescribe a su respecto, lo siguiente: “Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente.”

9.- Para estos efectos, de suya conveniencia resulta citar la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, en cuya virtud se expresa y destaca la importancia de la entrega de información al niño, niña o adolescente acerca de "las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias", consagrando que este "derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño".

A mayor abundamiento, la Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, invita en forma explícita a los Estados Partes y a todas las personas que se hallen en situación de evaluar y determinar el interés superior del niño a que presten atención especial a las salvaguardias y ciertas garantías, dentro de las cuales se menciona el derecho del niño a expresar su propia opinión, siendo fundamental la comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior. Asimismo, en el marco de dicha comunicación, señala entre otras cosas, que se debería informar a los niños sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles opinión. Es más, algo que no se encuentra regulado por nuestra derecho positivo, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas señala que, en el evento que el niño desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante un representante, la obligación de este último es comunicar con precisión las opiniones del niño. En el mismo supuesto, en caso que la opinión del niño entra en conflicto con la de su representante, incluso se señala que se debería establecer un procedimiento para que el niño pueda acudir a una autoridad a fin de determinar otra fórmula de representación, citando a modo de ejemplo la figura del curador ad- litem.

10.- En vista y considerando lo expuesto hasta aquí, queda de manifiesto que la judicatura se encuentra en el imperativo de permitir y promover una constante participación de los niños, niñas y adolescentes durante el procedimiento judicial que les afecte, especialmente en materia proteccional. No obstante, nuestra normativa en la materia resulta insuficiente, por cuanto aparenta ser simplemente programática, al no regular el contenido, forma, oportunidad y periodicidad en la que deben ser escuchados los niños, por ende, también conocer el deseo personal e intransferible, del propio afectado. De lo contrario, no existirá una real garantía del ejercicio pleno de los derechos de los niños a ser oídos, si éste se ejerce en un par de oportunidades aisladas en el tiempo, siendo difícil lograr el grado de conocimiento y detalle que se requiere para la adopción de medidas de tal compleja naturaleza por parte de la judicatura, máxime si en nuestro sistema rigen las reglas de la sana crítica.

Colateralmente, el contacto periódico de los niños con el juez, indefectiblemente debiera suponer un expedito canal de comunicación con éste para entregar información fáctica de relevancia en la controversia judicial y de paso inhibir, desincentivar o disuadir cualquier acto, conducta, u omisión vulneradora a sus derechos, ya sea por parte de sus familiares, trabajadores o funcionarios de los programas de la red de protección de la infancia, como cualquier otra que pudiera tener contacto o relación con él.

11.- Pese que el presente proyecto no pretende abordar o modificar la obligación que asiste a los jueces de familia de visitar personalmente los centros residenciales existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección, es necesario señalar que, a título de comparación, tanto la visita como la audiencia reservada son importantes instrumentos para promover y propiciar el ejercicio de todo niño para ser oído, pero solo la primera cuenta con una periodicidad reglada. En efecto, su regulación legal se encuentra en el artículo 78 de la Ley N° 19.968, aunque es el inciso segundo del artículo 5 del Acta 37 de 2014 de la Excelentísima Corte Suprema, el que prescribe que el juez, entre otras acciones, entrevistará a los menores de edad internados a fin de informarse sobre su estado actual y sobre cualquier reclamo o asunto que deseen plantear, debiendo darle solución inmediata a lo que sea posible o adoptar las medidas que el caso aconseje en un plazo que no podrá exceder de 48 horas. Los resultados de las visitas permiten colegir que no son suficientes por sí mismos, pero es indudablemente un avance que los lapsos no pueden exceder de seis meses entre una y otra, -incluso considerándose- el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave. En dicho contexto, nuestra normativa –paradojalmente- regula una entrevista personal del juez a todo niño bajo cuidado alternativo residencial en el marco de una visita, en lapsos de tiempo que no pueden exceder los 6 meses, mas nada respecto de las audiencias reservadas, sobre todo considerando que la entrevista en un centro residencial no podría ser concebida formalmente como una audiencia para tomar los resguardos procesales que ello supone, aun cuando la misma Acta 37 imponga al director de la residencia tomar medidas que garanticen la independencia y libertad para que el niño pueda manifestar libremente su opinión.

12.- Si ya resulta inquietante que un niño, niña u adolescente no tenga una participación activa y directa en los procedimientos judiciales que le afecten, el escenario pareciera ser más lapidario, pues, hace algunos meses atrás, en junio del año en curso, nuestro país vivió un gran remezón en materia de infancia, cuando fue conocido por todos, el contenido del informe del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, cuyo texto, a propósito del derecho a expresar su opinión y ser escuchado señala lo siguiente: "65. De conformidad con el artículo 12 de la Convención, Chile tiene la obligación de garantizar al niño el derecho de expresar su opinión en los asuntos que lo afectan, y tener debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez, incluido el derecho de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, que afecte. 66. La mayoría de los NNA (86.4%) dice tener conocimiento de las causas de su ingreso y son informados de cuando hay audiencias para revisar la continuidad de su permanencia en los centros (70.6%). No obstante, solo 32.1% dice tener la oportunidad de hablar con el magistrado y 30.8 con algún abogado que los represente en sus causas. En cuando a los centros, 4.1% indican que los NNA no se encuentran autorizados para hablar con el/la juez directamente en caso de requerirlo, mientras 20.4% de los centros reportan que durante la última visita de los jueces de familia los NNA no hablaron con ello y 7.5% no sabe si lo hicieron o no. 67. 31.8% de los centros reporta no contar con protocolo de quejas y sugerencias o no saber de su existencia. 11.7% de los centros que manifiestan contar con un protocolo propio, señalan que no se encuentra escrito, lo que no asegura que sea conocido y compartido por profesionales, familias y residentes de los centros. 15.5% de los centros reporta no contar con un buzón de reclamos. Desde la perspectiva de los NNA, 63.4% declara haber realizado algún reclamo a los profesionales del centro. De ellos, 44% declara haber tenido respuesta "siempre o casi siempre", 28,6% "algunas veces" y 22.3% nunca. Más allá de los reclamos, 37.2% de los NNA siente que los profesionales del centro no escuchan las opiniones frente a situaciones que los afectan. 68. Más de un tercio de los centros (39.4%) declararon que los NNA no pueden participar de ningún tipo de decisiones. Solo 34.7% de los NNA reportaron tener el derecho a la participación y opinión respecto a las decisiones que se toman y afectan el funcionamiento del centro. 69. El Comité considera que Chile viola el artículo 12 de la Convención por:

a) No informar adecuadamente en todos los casos, a los NNA, ni procurar su comprensión de la información, para que su opinión pueda ser respetada en el proceso que lleva a su ingreso en un centro; b) No garantizar el acceso a hablar con el/la juez y un abogado; c) La ausencia de protocolos claros y conocidos sobre la posibilidad de expresar quejas o denunciar vulneraciones de derechos, lo que limita seriamente el derecho y hace que los niños no se sientan cómodos para hablar con los profesionales del centro; d) No garantizar a cada NNA la oportunidad de ser escuchado y expresar su opinión en las decisiones del centro que le afectan y poder contribuir en la gestión de sus espacios cotidianos.”

13.- Las conclusiones que pueden obtenerse del mérito del informe elaborado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, parecen consonantes con la realidad y no son más que el cruel reflejo expresado en números de las críticas hacia el sistema de protección de la infancia que existe en nuestro país, cuyas responsabilidades son endosadas a todos los operadores del sistema, desde la ausencia o deficiencia legislativa, pasando por la falta de capacitación y especialización de los profesionales e incluso de la propia judicatura, hasta la débil respuesta que entrega la Administración del Estado a través de sus Ministerios, Servicios Públicos y redes de colaboradores. El tema sin duda es complejo, pero la situación puede ser revertida y por tal razón, el presente proyecto de ley ambiciona mejorar un tema muy específico, cual es la necesidad de promover y fortalecer el derecho de todo niño, niña y adolescente a ser oído, como una consecuencia necesaria del derecho a defensa en su sede técnica y material.

14.- No hay que olvidar que todo nuestro ordenamiento jurídico, apunta a la excepcionalidad y transitoriedad de la aplicación de medidas de protección. En cuanto a la excepcionalidad, el propio artículo 74 de la Ley N° 19.968, indica que sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En lo que concierne a la transitoriedad, el 80 de la Ley N° 19.968 faculta expresamente al juez de familiar para suspender, modificar o dejar sin efecto la medida adoptada en cualquier momento,

ya sea de oficio, a solicitud del niño, niña o adolescente, entre otros intervinientes en el proceso Es más, esta última disposición legal, señala que el propio juez puede –mas no debe en forma vinculante- citar a una única audiencia destinada a escuchar a las partes y recibir los antecedentes.

15.- A modo de complemento de los argumentos ya esbozados, no hay que restarle importancia a los principios orientadores en materia de procedimientos antes del tribunales de familia, cuyo artículo 9 de la Ley N° 19.968, establece una suerte de prelación entre los principios, al establecer que primará entre otros el de inmediación y el de actuación de oficio. A su vez, el principio de inmediación, de conformidad al artículo 12 de la citada ley deja meridianamente claro que las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones. Lo anterior resulta evidente, pues la propia ley señala que el juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido. En cuanto al principio de actuación de oficio, señalado en el artículo 9 y desarrollado en el artículo 13 de la Ley N° 19.968, establece que promovido un proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Acto seguido y directamente relacionado con el objeto del presente proyecto de ley, el citado artículo 13 indica que, dicho principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes.

16.- Como corolario, podemos ver que todas las normas diseminadas en nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo por cierto las normas internacionales aplicables en Chile como la Convención sobre los Derechos del Niño, revelan no solo las facultades y prerrogativas que tienen los jueces que conocen los procesos en los que se ventilan los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, sino que también las obligaciones y atribuciones que pesan sobre éstos, muchas de las cuales, como en el caso de las audiencias reservadas y de revisión de cautelares quedan entregadas a su completa discreción, al menos, en cuanto a su oportunidad y periodicidad. Es sabido que una de las condicionantes y limitantes que tiene la judicatura es la excesiva carga laboral, prueba de ello, es que han debido regular sus

quehaceres institucionales mediante la dictación de autos acordados, cuya aplicación resulta pragmática pero al menos cuestionable, por tratarse en varias situaciones de materias propias de ley. Por ello, es que resulta de vital importancia que la propia ley, sea la que imponga ciertas pautas o directrices a la discreción y prudencia de la judicatura.

Probablemente si el sistema funcionara adecuadamente, no sería necesaria limitar el ejercicio discrecional de la judicatura; sin embargo, la información que proporciona la prensa y los medios de comunicación social y el contundente resultado consignado en el informe del Comité de los Derechos del Niño, invocan un deber de cuestionamiento hacia una nueva operativa y obligan no solo a introducir una serie de cambios que trasciendan –tanto en lo cualitativo como cuantitativo- en beneficio directo de nuestros niños, niñas y adolescentes, especialmente aquellos en riesgo o situación de vulnerabilidad, sino que también, una ruptura al viejo paradigma tutelar que se tiene sobre éstos como un objeto y no como un sujeto procesal.

17.- Por último, es dable advertir que el presente proyecto de ley no ambiciona hacerse cargo de la discusión doctrinal que existe en torno a la naturaleza de la audiencia especial que regula el artículo 79 de la Ley N° 19.968, en cuanto constituye una actuación de aportación probatoria o un acto de postulación del niño, niña o adolescente de su derecho de ser oído, pues la falta de regulación ha permitido la construcción de interesantes tesis sobre la materia, según sean las consecuencias procesales que de ello se desprenden. Tampoco pretende abordar el fondo y forma de la audiencia reservada, pues dicho tema se encuentra regulado a nivel general –aunque no de manera sistemática y orgánica- a través de distintas disposiciones legales y principios diseminados en nuestra normativa vigente y especialmente en el Acta N° 237 de 30 de Diciembre de 2014 de la Excelentísima Corte Suprema, que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en tribunales con competencia en materia de familia. No obstante lo anterior, resulta ser una propicia oportunidad para zanjar ciertas discusiones que han provocado una serie de desaciertos judiciales, a saber; sobre la obligación que tiene el juez de oír e entrevistar al niño de manera personal y no delegada como una clara manifestación del principio de inmediación y el derecho que tienen las partes a saber el contenido de la audiencia en cuestión, pues no existe justificación legal para la reserva, sin que ello signifique conculcar el derecho a la intimidad e

integridad de todo niño, niña o adolescente durante el proceso judicial. Cabe señalar que, la reserva absolutamente desregulada no tiene fundamento alguno y trasgrede el derecho a defensa y debido proceso, pudiendo incluso viciarlo en su forma y fondo.

Por lo tanto, proponemos el siguiente proyecto de ley:

Artículo único.- Elimínese el artículo 79 de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, siendo éste reemplazado por el siguiente texto:

Artículo 79.- Derecho y deber de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, deberán ser oídos por el juez de familia, ya sea de oficio o cuando éstos lo soliciten personalmente, a través de su curador ad litem o las personas señaladas en el artículo siguiente.

Durante la audiencia, los niños, niñas y adolescentes podrán comparecer personalmente y/o representados a través de las personas señaladas en el párrafo precedente, según cual fuera el resultado de su expresa manifestación voluntad, siendo directamente oído por el juez y entrevistado por éste, en un espacio adecuado, mediante el uso de un lenguaje adecuado y sencillo, acorde a su edad, madurez y nivel sociocultural, quedando prohibida la delegación de tal actuación en otra persona o funcionario. Para estos efectos, al inicio de la audiencia, el juez dará la palabra al niño, niña o adolescente, para pronunciarse sobre su voluntad o deseo en orden a comparecer solo y/o representado, debiendo inmediatamente resolver de conformidad a su interés superior, edad y autonomía progresiva, en caso de discrepancia entre ambos o falta de pronunciamiento claro y expreso. Dicha resolución no será susceptible de recurso.

Las audiencias de que trata este artículo, podrán efectuarse en cualquier momento, pero respecto de aquellos niños, niñas o adolescentes objeto de alguna de las medidas de protección que contempla la letra c y h del artículo 71 de la presente ley, deberán ser dentro de lapsos que no excederán de seis meses entre una y otra mientras se mantenga vigente o renovada la misma, considerándose el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales.

Deberá contarse con a lo menos un registro de audio idóneo que permita la reproducción íntegra y fidedigna de lo señalado por el niño, niña o adolescente, y evitar en lo posible la revictimización en la misma u otras instancias judiciales.

Sólo las partes tendrán acceso al contenido del registro de audio, el que será otorgado previa solicitud y entrega de un soporte o unidad de almacenamiento electrónico; salvo que, el niño, niña o adolescente solicite expresamente mantener la información íntegra o parcialmente bajo estricta reserva, debiendo el juez resolver sobre esta materia inmediatamente finalizada la audiencia, tomando en consideración para aquello, el interés superior del niño, niña o adolescente, su edad y su autonomía progresiva. Dicha resolución deberá ser fundada y será recurrible según las reglas generales.

Andrés Celis Montt

Diputado