

4. PITRAU, OSVALDO F. "La Guarda de Menores". En *Revista Derecho de Familia* N° 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990;
5. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Documento de Trabajo sobre "Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental", Bruselas, 27 de marzo de 2001, COM (2001) 166 final.
6. TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. "Patria Potestad". En *Revista de Derecho* N° 204, Año LXVI, julio-diciembre 1998, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción;
7. *La Semana Jurídica*, Semanario, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Año 1, N° 33.

MONOGRAFÍAS

1. LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. *El Derecho del Niño a ser oído*. Monografía, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000.

EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

FABIOLA LATHROP GÓMEZ

1. INTRODUCCIÓN

El fundamento del derecho del niño a ser oído tiene su eje central en que la participación constituye un derecho esencial de todos los seres humanos, idea que subyace en las diversas consagraciones que de dicho derecho se hacen en beneficio de los adultos, pero también en favor de la niñez y la adolescencia. No se restringe a la idea de defensa en juicio o al alcance de la capacidad procesal de dicho grupo etareo, sino que es un derecho humano que, circunscrito muchas veces a la garantización de la participación en juicio, desborda ese marco y se eleva a un derecho humano cuyo ejercicio tiene lugar en todos los ámbitos de la vida.

El "derecho del niño a ser oído" puede representarnos en una primera aproximación al tema, la idea de un niño que requiere atención y cuidado, e incluso, en el sentido literal o vulgar de dicha frase, llevamos a pensar que tal derecho sólo se limita al ámbito familiar, en lo que respecta a su vida cotidiana, al ser efectivamente "oído" por quienes le rodean; sin embargo, el principio que me propongo abordar supera esa visión parcial del problema planteado, y demanda una perspectiva transversal para dimensionar su real alcance y situarlo en el plano que le corresponde dentro de la realidad jurídica chilena e internacional.

Un análisis etimológico del término "infante", como también suele denominarse a una categoría de los menores desde un punto de vista jurídico, nos ayudará a graficar lo señalado anteriormente. En efecto, el Código Civil chileno utiliza dicho vocablo señalando en su artículo 26, lo siguiente: "Llámase *infante* o *niño* todo el que no ha cumplido siete años..."¹. Pero yendo un poco más allá,

¹ El concepto de "niño" de nuestro Código Civil podemos entenderlo modificado por el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, que señala: "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría

podemos afirmar que el término "infante" o "*enfant*" en francés es justamente "aquél que no habla"², y precisamente se entiende que no se expresa por sí mismo porque por su grado de inmadurez o de candidez, sus verdaderos intereses son manifestados por los adultos que lo tienen a su cargo y que le representan en sus inquietudes.

Los niños son capaces de percibir lo que los adultos no perciben, tienen la desventaja de experimentar situaciones traumáticas con mucha más facilidad que sus propios padres, por lo mismo tienen el derecho inalienable a ser escuchados cuando está en juego la subsistencia de su vida familiar. Evidentemente que cuando se expresan, lo hacen como niños, o adolescentes, en su caso, y no como adultos, pero tienen el derecho de exigirles a éstos consideración por sus opiniones. Teniendo en cuenta la cruel realidad que viven en Chile muchos niños/niñas y adolescentes cuyas familias están en procesos de separación o sufriendo crisis que no son capaces de resistir, conmueve el hecho de que a ello se le suma el desprecio de ignorarlos. Pienso que esta realidad se recrudece en hogares mal constituidos o en familias de escasos recursos, en parejas en conflictos, en juicios abandonados por la ineficacia del sistema. Lo que persiste es la necesidad de Justicia. Eso el Estado no lo puede ignorar.

Ahora bien, cabe preguntarse, cuál es el verdadero rol de la opinión de los niños en los conflictos familiares ventilados en juicio, en los cuales ellos tienen intereses involucrados. Existiendo un auténtico código universal de los derechos del niño, esto es, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por Chile, el análisis debe orientarse hacia el estudio de la consagración efectiva del denominado principio del derecho del niño a ser oído, enunciado en el artículo 12 de dicho instrumento internacional. Aída Kemelmajer de Carlucci en "El derecho constitucional del menor a ser oído" alude a Richard Reid en los siguientes términos: "Con la intención de explicar esta terminolo-

Continuación nota ¹

de edad". Por tratarse de una norma contenida en un instrumento internacional vigente en Chile y relativo a materias de Derechos Humanos, integra nuestro ordenamiento jurídico nacional, con rango constitucional de acuerdo al artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República. Niño ya no sería el que no ha cumplido 7 años, sino aquél que no ha cumplido los 18 años.

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. 1994. "El derecho constitucional del menor a ser oído". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 165.

gía, recuerdo que según un autor británico, los 54 artículos de la Convención pueden ser reducidos en las llamadas 'tres P'; en inglés, protection, provision and participation".³

2. CONCEPTO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO Y SUS IMPLICANCIAS

En concepto de Nancy Benítez, antes de precisar la noción de "derecho del niño a ser oído", conviene determinar las distintas acepciones de los términos oír, escuchar, y opinión. Las siguientes son las definiciones de la Real Academia Española:

OÍR: del latín *audire*. Significa "percibir con el oído los sonidos", "atender los ruegos, súplicas o avisos de uno", "hacerse uno cargo, o darse por enterado, de aquello de que le hablan".

ESCUCHAR: del latín *auscultare*. Significa "aplicar el oído para oír", "prestar atención a lo que se oye".

OPINIÓN: del latín *opinio*. Significa "concepto o parecer que se forma de una cosa que no es incontrovertible", "concepto que se tiene de una persona o de una cosa".

"De tal manera, "oír" proviene de "audire" y vendría a significar "percibir los sonidos", sería una acción unidireccional en la cual no se tiene en cuenta la opinión del otro; "escuchar" proviene de "auscultare" que significa oír con atención, prestar atención a lo que dice el otro, es decir, poder mantener un diálogo, una comunicación. El ser escuchado implica reciprocidad, provoca interacción, y, por ende, la exteriorización de emociones y sentimientos sustentados a través de ese mismo diálogo"⁴. Produce una interacción dialógica en la cual se construye un proceso discursivo que facilita la expresión o el afloramiento de la subjetividad.

³ *Ibid.*, pág. 162.

⁴ BENÍTEZ, NANCY. 1998. "El derecho del niño (como sujeto de derecho) a ser escuchado, su participación, su opinión". En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas. 1998. Mendoza, Argentina. Ponencias Comisión II, pág. 139.

La Dra. Alcira Ana Yanieri⁵, prefiere la voz "oír" y no "escuchar" porque el juez no sólo se limitará a una intervención mecánica, y no será tampoco un receptor de lo que el menor le manifieste sino que intentará tomar contacto con el niño, encontrar y entablar un diálogo con éste, saber cuáles son sus inquietudes y preocupaciones, todo de acuerdo al espíritu de la Convención. Señala que no es una cuestión de mera semántica desechar el término "escuchar"; éste último es tradicionalmente usado en la ley procesal cuando el juez convoca a las partes, con ello quisiera hacer un corrimiento de la situación procesal en la cual esté involucrado el menor para salir del ámbito meramente administrativo y dar paso a la especial atención subjetiva que el tratamiento con menores exige.

2.1. Concepto del "Derecho del Niño a ser Oído" a la luz del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño

Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que 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, 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.

Varias de las disposiciones que aparecen en la Convención sobre los Derechos del Niño abordan el derecho del niño a la participación. El artículo 12, concretamente, revela esta dimensión especial. La participación es uno de los principios rectores de la Convención, así como uno de los retos principales que presenta el tratado. El principio afirma que el niño es una persona en todo el sentido de la palabra, que tiene el derecho a expresar sus opiniones en aquellos asuntos que le afecten, e indica que estas opiniones deben ser escucha-

⁵ YANIERI, ALCIRA. 1998. "Condiciones para que el menor sea oído en el proceso". En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas. 1998. Mendoza, Argentina. Ponencias Comisión II, pág. 650.

das y tenidas debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño. Este artículo reconoce las posibilidades que tienen los niños de enriquecer el proceso de toma de decisiones, compartir su perspectiva y participar como ciudadanos y promotores del cambio.

La Convención contempla una nueva relación entre los adultos y los niños. Los padres y las madres, los profesores, las personas encargadas de la atención y otras personas que se relacionan con los niños no se consideran como meros proveedores, protectores o defensores, sino también como negociadores y animadores. Se espera, por tanto, que los adultos organicen espacios y promuevan procesos concebidos para habilitar a los niños y posibilitar que expresen sus opiniones, sean consultados y puedan influir en las decisiones.

La determinación de los conceptos "oír", "opinión", "escuchar", antes realizada, nos obliga a efectuar una distinción:

- 1º Si el niño/niña/adolescente es considerado sujeto de derecho, el ser escuchado significará la posibilidad de establecer un diálogo, ya que si sólo oímos estaríamos en presencia de un monólogo.
- 2º El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño dice, que para ser escuchado debe "... estar en condiciones de formarse un juicio propio", es decir, que aparece una condicionante al ejercicio del derecho establecido.

Desde lo psicológico, juicio propio sería un juicio de realidad; en lo jurídico resulta un término difuso que tiene que ver con su edad y madurez, por lo tanto, debe ser escuchado cuando haya alcanzado una edad en la que pueda pensarse, con cierto fundamento, que está expresando una idea propia.

En realidad el concepto de derecho del niño a ser oído, en los términos en que lo consagra la Convención, abre para Claire Neirinck, dos ventanas sucesivas:

- "a) El primer párrafo establece el derecho del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna.

- b) El segundo, hace una aplicación de la regla y organiza el derecho a ser escuchado en un proceso, judicial o administrativo".⁶

Claire Neirinck ejemplifica con las siguientes situaciones esa primera ventana que abre la Convención:

- En Francia, el decreto N° 91/173 prevé que en los colegios secundarios el delegado de clase puede recoger la opinión y las propuestas de los alumnos, y manifestarlas ante el director del establecimiento o consejo de la administración.
- Los consejos municipales de niños, creados en algunas municipalidades, sin disposición legal expresa, permiten al niño expresarse para que la comuna atienda mejor sus necesidades.
- Ciertos actos médicos deben ser informados al menor, aunque la decisión definitiva incumbe a los padres, que son en definitiva, quienes deben prestar el consentimiento. Otros, incluso, requieren el consentimiento del menor; así, por ejemplo, el menor con suficiente aptitud de entendimiento puede negarse a ser receptor de un órgano en una operación de trasplante; los actos de investigación biomédica también exigen el consentimiento del menor con aptitud de expresar su voluntad.

En cuanto a la segunda ventana, se distinguen varias situaciones:

- **"Menor infractor"**: los principios que deben dominar el proceso del "menor infractor" son objeto de un profundo replanteamiento. Sólo el abandono definitivo de la doctrina de la situación irregular hará desaparecer conceptos como éste. Debe asumirse que el niño debe gozar de todas las garantías constitucionales de los adultos, y las propias de su condición de niño.
- **"Menor víctima"**: se refiere a la problemática del niño víctima de la violencia familiar o social (por ejemplo, el menor violado por su padre, su abuelo, etc.).

⁶ NEIRINCK, CLAIRE. 1993. *Le droit de l'enfance apres la Convention des Nations Unies*. Paris. Delmas, pág. 154, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. 1994. "El derecho constitucional del menor a ser oído". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 165.

- **"Menor actor o demandado en juicios iniciados contra o por terceros ajenos a las relaciones familiares"**: esta es la situación del hijo menor que debe comparecer ante la justicia en defensa de sus derechos frente a terceros; en estos casos, los padres son los que lo representan, pues el interés del niño se identifica con el de sus padres por razones morales, biológicas y afectivas, pero en ningún caso sustituyen ese interés.
- **"Procesos en los que son parte otras personas (parientes o no) y en los cuales el menor está implicado"**: estos son los casos que revisten mayor importancia en cuanto al tema en cuestión.

Ahora bien, cabe preguntarse si la misma Convención ha introducido un límite al derecho del niño a ser oído o escuchado, al señalar frases como las siguientes: "que esté en condiciones de formarse un juicio propio", "en función de la edad y madurez del niño", o "directamente o por medio de un representante o de un órgano adecuado". A mi juicio, podría pensarse que estas expresiones restan fuerza a la idea de que la opinión del niño debe ser escuchada; no creo que lleguen a constituir un límite al derecho consagrado. Sostener aquello vendría a atenuar o relativizar el vigor de un principio que presupone la concepción del niño no como un objeto de amparo o compasión, sino como un sujeto de protección con derecho a la debida intervención y a ser oído en todos los asuntos en que sea parte o en los que –sin revestir ese carácter– se refieran a materias que los afecten.

"Resultaría disvalioso que la relativización del derecho a expresar la opinión en los asuntos que lo afecten, así como el no haberse normado claramente el derecho a ser escuchado en sede judicial o administrativa, sino meramente que se le dará oportunidad de ser escuchado directamente o a través de un representante u órgano apropiado impidiera establecer en forma ineluctable la existencia de la obligación correlativa por parte del magistrado o funcionario interviniente en la tramitación de los procedimientos que pudieran afectar la persona del niño o del adolescente"⁷.

⁷ RISOLÍA DE ALCARO, MARÍA MATILDE. 1998. "La opinión del niño y la defensa de sus derechos". En: *Los derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad*. Buenos Aires. Universidad, pág. 258.

El derecho del niño a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención, es operativo, comprometiendo su aplicación efectiva en los procedimientos judiciales vinculados con el derecho de familia y la inspiración de reformas legislativas que guíen las interpretaciones judiciales. Por ello, los Estados deben promover la modificación del derecho de fondo y forma o su correcta interpretación a la luz de los principios contenidos en la Convención.

El artículo 12 de la Convención remite a la "compatibilidad con las normas de procedimiento de la ley interna". No obstante sostener la operatividad directa de la norma, creo que es aconsejable que el derecho del niño a ser oído se consagre expresamente en las leyes procesales.

2.2. Implicaciones del Derecho del Niño a ser Oído

Para abordar este tópico debo dejar en claro que en el plano teórico no se discute el derecho del niño a ser oído, hecho que emana de la premisa de considerar al niño como un sujeto de derecho y de entender abandonadas posturas que lo relegaban a un mero objeto, subordinado a las potestades que sus padres ejercían sobre él. Atrás han quedado las doctrinas que entendían al niño como una especie de "propiedad" de los progenitores o de quienes lo tuviesen a su cargo.

Hago presente la profunda transformación que ha experimentado el Derecho de Familia en materia de responsabilidad parental; así por ejemplo, los antiguos "derechos-deberes" han cedido su lugar, tan enraizado en la legislación chilena, a nuevos conceptos, como el de "derecho-función de convivencia", "derecho-función de corrección", (también denominado "derecho-función de orientación") y el llamado "derecho-función" de dirigir la educación de los hijos", entre otros.

Germán J. Bidart Campos señala: "... Los 'Derechos del Niño' merecen la atención que reclaman todos los derechos en la particular circunstancia que está emplazada cada persona que es titular de los mismos... El menor es sujeto activo de los mismos derechos humanos de todas las personas con la peculiaridad situacional de su vida, de su entorno, de sus necesidades, de 'su caso' bajo proceso judicial. Los jueces que lo resuelvan deben ser jueces aptos para comprenderlo y entrenados en un amplio conocimiento de las normas aplica-

bles... y en la valoración de las circunstancias de cada caso. En una palabra, han de saber cómo se imparte justicia cuando en ese caso están comprendidos los derechos del niño..."⁸.

Pero, ¿qué implica el ser oído? En un primer momento, podría pensarse que el derecho del niño a ser oído se agotaría con la presentación del niño ante el tribunal para ser escuchado por éste. Sin embargo, atendiendo al mencionado artículo 12 de la Convención, a los demás preceptos que consagran otros derechos que a éste le asisten, y a la luz de los principios internacionales establecidos por las Naciones Unidas, podemos afirmar que no sólo es más profundo que aquello, sino que es también más importante. Esto se explica porque no sólo significaría una simple escucha del niño, sino que implicaría que éste llegaría a ser parte en aquellos procesos judiciales en que se encuentre en discusión algunos de sus derechos.

Es por ello que adhiero a una interpretación amplia del artículo 12 de la Convención, en términos tales que se llegue a colocar al Estado en una posición de garante que impida restringir su alcance o permitir desvirtuaciones. No son suficientes, bajo esta concepción, la existencia estática de Defensorías de menores o Tutores ad litem, pero sí lo sería la existencia de Tribunales de Familia debidamente implementados con la infraestructura humana, profesional y material que la atención de nuestros niños merece y necesita encarecida y urgentemente.

2.3. Distinción entre oír o escuchar al niño/niña/adolescente, y tomar debidamente en cuenta su opinión

En principio debe tenerse en cuenta que todo niño/niña/adolescente, tiene derecho a ser oído o escuchado, en todos los ámbitos de su vida, esto es, en el plano familiar, escolar, social, judicial, administrativo, etc. Otra cosa, es tomar en cuenta la opinión de ese niño/niña/adolescente, que ya ha manifestado su opinión en las cuestiones que le atañen. Se distinguen entonces dos etapas o estadios sucesivos. En el primero de ellos, es primordial entender que todos los sujetos que interactúan deben estar estimulados para acrecentar, cada uno

⁸ BIDART, GERMÁN. *Los derechos "del niño" y la Justicia de menores*. El Derecho, Tomo 162, pág. 971.

en su ámbito, competencias propias y ponerse en una actitud de escucha recíproca, teniendo en cuenta que hay muchas formas de comunicarse que no son la verbalización y que en determinada edad son más importantes y que deben ser escuchadas desde la interdisciplina. En la segunda etapa de este proceso, se determina si debe o no tomarse en cuenta la opinión del niño/niña/adolescente, y en caso afirmativo, en qué medida. La respuesta a esta nueva interrogante, plantea diferentes respuestas, según se trate de la atribución de la tuición, de la fijación de un régimen comunicacional con el padre o madre no conviviente o con otros familiares a los cuales la ley concede tal derecho, en la adopción, en lo referido al ejercicio de la mal denominada patria potestad, etc. La solución, será entonces, casuística.

Mi opinión es que el niño/niña/adolescente, debe ser escuchado u oído siempre. Eventuales inconvenientes, como razones psicológicas, físicas, falta de madurez, etc., podrían ser subsanables en algunos casos, a través del nombramiento de un tutor especial, en otros, si se trata de discapacidades del habla, un intérprete, y en otros, de un psicólogo o médico personal o conocido por el niño. En estas situaciones, la única variación en la aplicación del derecho a ser oído, será respecto de la forma en que se llevará a cabo la escucha, que ya no se hará en forma directa sino a través de un tercero, interlocutor válido.

3. PARTICIPACIÓN EN LAS DECISIONES

Gran cantidad de trabajos de investigación realizados respecto de los adolescentes, especialmente en Inglaterra, en los años ochenta, toman a los niños y adolescentes como un todo, haciendo hincapié en las diferencias más notorias pero sin marcar las necesidades diferentes de acuerdo a la edad. Actualmente existen dos posiciones: "Hay quienes opinan que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, y quienes asumen una postura más proteccionista sosteniendo que en razón de su vulnerabilidad y su menor capacidad, requieren una vara diferente de medida".⁹

⁹ GORVEIN, NILDA SUSANA. 1998. "Mediación para el divorcio: ¿Hijos escuchados o Hijos ignorados?". En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas. 1998. Mendoza, Argentina. Ponencias Comisión II, pág. 162.

La mayoría de los Códigos de la Niñez, efectúan la diferencia entre niños propiamente tales, y adolescentes, utilizando como criterio las diversas necesidades e intereses que ambos grupos presentan. Lo anterior, porque los adolescentes, tienen respecto de los niños de menor edad, una mayor capacidad cognoscitiva para manejar conceptos abstractos, pensar a largo plazo, aceptar puntos de vista de los otros, una mayor capacidad para articular sus propias necesidades y deseos, aún cuando sus posibilidades de comunicación pueden variar de acuerdo a la confianza en sí mismos, a su estilo personal y a las habilidades que haya desarrollado en este sentido.

En lo que respecta a los derechos de los niños, normalmente se distinguen:

- Derechos universales aplicables a todos los niños, que incluyen derechos humanos, como los derechos sociales
- Derechos a ser protegidos, que reconocen la especial vulnerabilidad de los niños que dependen de los adultos para alcanzar un adecuado desarrollo y cuidado
- Derecho a su autodeterminación y derechos políticos, excluidos del ámbito de los derechos de los niños, dada su falta de madurez.

Pero también se ha tenido en cuenta que a medida que los niños crecen, la necesidad de protección disminuye mientras que alcanzan los derechos a la autodeterminación y los políticos, dado que su capacidad de pensamiento y su desarrollo aumentan con la edad. Así se incluyen como derechos adicionales a los ya reconocidos, en etapas de adolescencia:

- Una respuesta personalizada a sus necesidades y sus dificultades
- Acceso a amigos y miembros de la familia que ofrecen confianza
- Que se tomen en cuenta sus opiniones
- Verse comprometidos en las decisiones.

En cuanto al ejercicio por parte de los adolescentes, de los derechos de participación en decisiones claves que afecten sus propias vidas, los investigado-

res ingleses distinguen cuatro elementos bases para un efectivo compromiso de los adolescentes en la toma de decisiones:

- Procedimientos para consultar a los adolescentes
- Acceso a la información y procesos que permitan a la gente joven expresarse
- Toma de decisiones que realmente considere sus puntos de vista
- Oportunidad para plantear su disenso.

3.1. Edad desde la cual el niño tiene Derecho a ser Oído

En materia de edad mínima existen divergencias; hay sí uniformidad en distinguir entre niños y adolescentes, suponiendo como fundamento las diversas necesidades e intereses que se presentan en ambos grupos. Lo cierto es que al escuchar al niño/niña/adolescente, hay una distancia generacional entre el emisor y el receptor, que existen distintos registros del lenguaje, una distancia enunciativa, es decir, que es tan importante el aspecto lingüístico como los códigos no verbales del discurso (entonación, lenguaje gestual, registros de dialecto sobreentendidos). Todo ello hace más difícil la determinación de una edad adecuada.

A continuación pasaré a enunciar algunas posiciones:

- Algunos autores aceptan, a la luz de los términos en que está redactado el artículo 12 de la Convención, que la edad mínima para formarse un juicio propio es de 10 años y/o menos de esta edad conforme las circunstancias del caso concreto, porque la ley expresamente no establece edad mínima, dando un margen apreciable al magistrado.
- Para la psicoanalista Françoise Dolto, a partir de los 8 años todo niño debería poder comunicarse con el juez tantas veces como lo deseara.
- La Dra. Cecilia Grosman sostiene que la edad mínima es de 14 años.

- Otros autores señalan que a los más pequeños y/o menores de 10 años no se les puede negar ser oídos por el juez, pues ello equivaldría a negarles ese derecho constitucional por el hecho de contar con 3, 5, u 8 años.

En el fondo, "a toda edad los menores deben ser oídos por el juez, lo que importa ser aceptados como personas, que se los comprenda y compartan sus problemas. No podemos limitar donde la propia ley no limita en lo referido al tema de la edad. El magistrado se puede apoyar en las ramas interdisciplinarias, en especial en la labor de los psicólogos para entender más adecuada y cabalmente la problemática que presenta el menor, y en qué medida dice una verdad o repite lo que han dicho y/o enseñado los adultos. El trabajo interdisciplinario prestará colaboración en todos los casos y especialmente cuando se trata de menores que no han alcanzado la edad mínima que se estima en diez años y no están en condiciones de cumplir con el requisito de estar en condiciones de formarse un juicio propio".¹⁰

Olga Orlandi señala que no todo menor que sepa expresarse puede ser oído, todo depende de la edad, el grado de madurez y las características del caso, cuestiones éstas eminentemente fácticas. "En una interesante encuesta realizada en nuestro medio, el 71% de los magistrados encuestados entienden que no hay edad a partir de la cual los menores deben ser citados y oídos por el tribunal, en el resto de las opiniones varían desde los 5 a los 14 años".¹¹

Analicemos otras legislaciones:

- a) El artículo 10 de la Children Act Inglesa de 1989 concede al niño el derecho de acceder a la justicia, por su propia iniciativa, y peticionar al juez que se pronuncie sobre la modificación o supresión de medidas relativas a su domicilio (residence order), régimen comunicacional del progenitor que no vive con él, prohibiciones que le quieran imponer, etc.

¹⁰ YANIERI, ALCIRA, ob. cit., pág. 650.

¹¹ OPPENHEIM RICARDO Y SUSANA SZILOWICKI. 1994. *Teoría y realidad de la voz y presencia de los menores en los Juzgados Nacionales con competencia en materia de familia*. E.D. 155, 1994, págs. 616 y ss.

- b) La ley holandesa del 13 de Septiembre de 1990 en su artículo 161 permite al menor que alcanzó los 12 años oponerse al derecho de visitas acordado por el juez después del divorcio de sus padres con el mero envío de una carta o una llamada telefónica.
- c) La ley griega de 1963 dispone la audiencia del menor en los juicios de divorcio.
- d) El artículo 92 del Código Civil español de 1981 prevé el derecho del niño a ser oído en los juicios de separación, divorcio y nulidad matrimonial en los siguientes términos: "Las medidas judiciales sobre cuidado y educación de los hijos, serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años". A su vez en las relaciones paterno filiales, el artículo 154 inciso 2 expresa que los hijos que tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que lo afecten. Se refieren también a este régimen los artículos 173 y 317 del mismo cuerpo legal. (Cap. IV, párrafo 23, N° 25).
- e) La ley austriaca fija la edad a partir de los 10 años.
- f) La legislación italiana lo hace desde los 14 años.
- g) El Código de Menores de Ecuador de 1977 dispone que los hijos púberes elegirán ante el tribunal a aquél de los padres a cuyo cuidado prefieren estar (artículo 95).
- h) El artículo 273.2 del Código Civil suizo, reformado por ley del 25 de junio de 1976 (que entrara en vigor el 1° de enero de 1978), dispone que cuando el menor tiene 16 años cumplidos, las relaciones personales con sus padres no pueden subsistir sin su consentimiento.
- i) La Danish Legal Incapacity and Guardianship Act N° 443 (3/10/89) establece en su artículo 26, bajo el título de "Procedimiento", que cuando el menor llega a los 12 años todo asunto concerniente a la tenencia y derecho de visitas debe ser discutido con él antes de la sentencia. Sólo puede dispensarse de este requisito si se presume que va en detrimento de los intereses del menor o que no va a tener incidencia en la decisión.

- j) El Derecho Noruego actual también enfatiza en el derecho del menor a la codeterminación, según la edad y circunstancias, en materia de régimen de visitas.

En otros ordenamientos se exige tener la suficiente capacidad o discernimiento para emitir el juicio sin fijar una edad precisa para ello; así sucede por ejemplo en el artículo 290 del Código Civil de Francia, país en que, sin embargo, la doctrina opina que no es conveniente escuchar a un hijo cuya edad no alcanza los 13 años por las presiones que puede sufrir. Los autores alemanes entienden que la opinión del hijo depende de su edad y madurez. En Estados Unidos se toma como principio rector que el hijo debe tener suficiente capacidad mental para hacer una elección adecuada. En varios países se emplea como elemento de juicio la edad, y en otros, los jueces se resisten a aplicar este criterio y deciden tomar en consideración las circunstancias de cada caso particular. En el Código Civil español, como vimos, se da una doble pauta: se escucha al menor que tuviere suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años (artículo 92).

Según el concepto ya clásico, el discernimiento consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas. Sin embargo, esta aptitud para distinguir y apreciar se va construyendo y evolucionando a lo largo de un proceso. A medida que el niño adquiere discernimiento, su valoración como un sujeto de derecho en la relación paterno filial conlleva necesariamente el reconocimiento de su derecho a expresar su opinión y a participar en la toma de decisiones que lo afectan directa o indirectamente.

En cuanto al discernimiento, el Derecho chileno, establece en el artículo 10 N° 2 del Código Penal, en el párrafo denominado "De las circunstancias que eximen de la responsabilidad penal", que el menor de dieciséis años está exento de responsabilidad penal. Además nuestro sistema penal, establece el trámite del discernimiento para los menores de entre dieciséis y dieciocho años; no obstante lo señalado, cabe hacer presente que está en trámite en el Parlamento, un proyecto de ley enviado por el Ejecutivo, por el cual se pretende rebajar a catorce años la edad mínima para la responsabilidad penal, eliminando el trámite del discernimiento.

De acuerdo al artículo 36 de la Ley de Menores N° 16.618, "El juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, **si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente.** Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios. Podrá también utilizar todos los medios de información que considere adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste, a proporcionarlos cuando les sean solicitados para los efectos de la presente ley. **Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el juez de letras de menores**".

En mi opinión este texto se encuentra fácilmente derogado por el artículo 12 de la Convención, y desde esta óptica, se refuerza lo dicho anteriormente en el sentido de no establecer edades mínimas donde dicho instrumento no las contempla. No obstante ello, si lo anterior no fuese aceptado totalmente, claro está que el juez debe escuchar al púber, por lo tanto no cabe discusión acerca de la obligación del juez, en cuanto a la escucha del varón de catorce años y la mujer de doce años. Sin embargo nos queda un vacío por superar: ¿qué ocurre con el niño menor de catorce años y la niña menor de doce años? ¿Queda lisa y llanamente al arbitrio del juez el tomar en cuenta su opinión, si lo estima conveniente?

Creo que la respuesta debe construirse considerando que nuestra legislación ha recepcionado, a nivel de principios, la denominada "protección integral de la infancia", consagrando el "interés superior del niño", y concibiéndolo como un sujeto de derecho dotado de autonomía progresiva. Por ello, personalmente, adhiero a la postura de la Dra. Olga Orlandi, quien señala: "El derecho interno podría fijar la edad a partir de la cual el menor debe ser oído en juicio donde se traten situaciones relacionadas con su persona, siempre que utilice pautas razonables. Creemos afinado la obligatoriedad a partir de los 12 años y facultativa con el menor de edad. Más que la fijación de una edad, señalamos la importancia de un cambio de mentalidad en los operadores del Derecho que implica la íntima convicción del respeto del derecho del niño a ser oído".¹²

¹² ORLANDI, OLGA. 1998. "El derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales vinculados con la familia". En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas. 1998. Mendoza, Argentina. Ponencias Comisión II, pág. 273.

3.2. Determinación del grado de madurez del niño que permite tomar en cuenta su opinión

Partiendo de la base de que no existe una edad precisa en la que el juez deba acoger la opinión del niño para tenerla en cuenta en el proceso en que éste se encuentra involucrado, sino que más bien hay que atender al nivel de su desarrollo, cabe ahora precisar los elementos que permitan determinar dicho grado de madurez.

Se ha señalado que la etapa preescolar, esto es, hasta los cinco años, se caracteriza por un dominio del lenguaje limitado, lagunas y errores de percepción, comprensión e interpretación, todo lo cual reviste a los procesos mentales de los niños de esta edad, de un carácter fascinante y a veces desconcertante. Si bien es importante permitir la expresión del niño aún a temprana edad, a fin de conocer sus intereses, necesidades y vínculos, no sería operativo legislar sobre el tema en esta etapa, sin perjuicio de que las circunstancias del caso puedan llevar al juez a la convicción de la conveniencia de escucharlo; en dicho caso, serán necesarias otras vías de expresión del niño, que no sean el lenguaje oral. Pero sin duda, a medida que el niño va creciendo y adquiriendo pensamiento abstracto, su grado de discernimiento permitiría hacerlo participar gradualmente y dentro de lo posible mediante la expresión de su opinión.

Citando a L. Stone y J. Church, Risolia de Alcaro señala: "El núcleo de las nuevas aptitudes intelectuales del niño en esta etapa es su creciente dominio de los símbolos. El niño comienza a percatarse de que las palabras y las cosas, acciones o atributos a los que se refieren, pertenecen a órdenes distintos de la realidad.

En lo relativo a la información general, en su transición desde una orientación egocéntrica, personalizada y subjetiva, a una cosmovisión objetiva y relativista, el niño elabora un sistema de expectativas. Se ubica en el tiempo y admite que el mundo existía antes que él y que seguirá existiendo después de su muerte. Medita sobre los misterios de la vida, toma conciencia de los procesos de su propio cuerpo, le interesan las secuencias causales, pero sigue teniendo una visión predominantemente fenomenalista y realista, y por tanto fatalista. Lo conmueven las cuestiones de justicia o injusticia, sobre todo las que tienen relación con él mismo. Si bien tiene una concepción mágica y artificialista, ad-

De acuerdo al artículo 36 de la Ley de Menores N° 16.618, "El juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios. Podrá también utilizar todos los medios de información que considere adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste, a proporcionarlos cuando les sean solicitados para los efectos de la presente ley. **Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el juez de letras de menores**".

En mi opinión este texto se encuentra tácitamente derogado por el artículo 12 de la Convención, y desde esta óptica, se refuerza lo dicho anteriormente en el sentido de no establecer edades mínimas donde dicho instrumento no las contempla. No obstante ello, si lo anterior no fuese aceptado totalmente, claro está que el juez debe escuchar al púber, por lo tanto no cabe discusión acerca de la obligación del juez, en cuanto a la escucha del varón de catorce años y la mujer de doce años. Sin embargo nos queda un vacío por superar: ¿qué ocurre con el niño menor de catorce años y la niña menor de doce años? ¿Queda lisa y llanamente al arbitrio del juez el tomar en cuenta su opinión, si lo estima conveniente?

Creo que la respuesta debe construirse considerando que nuestra legislación ha recepcionado, a nivel de principios, la denominada "protección integral de la infancia", consagrando el "interés superior del niño", y concibiéndolo como un sujeto de derecho dotado de autonomía progresiva. Por ello, personalmente, adhiero a la postura de la Dra. Olga Orlandi, quien señala: "El derecho interno podría fijar la edad a partir de la cual el menor debe ser oído en juicio donde se traten situaciones relacionadas con su persona, siempre que utilice pautas razonables. Creemos atinado la obligatoriedad a partir de los 12 años y facultativa con el menor de edad. Más que la fijación de una edad, señalamos la importancia de un cambio de mentalidad en los operadores del Derecho que implica la íntima convicción del respeto del derecho del niño a ser oído".¹²

¹² ORLANDI, OLGA. 1998. "El derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales vinculados con la familia". En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas. 1998. Mendoza, Argentina. Ponencias Comisión II, pág. 273.

3.2. Determinación del grado de madurez del niño que permite tomar en cuenta su opinión

Partiendo de la base de que no existe una edad precisa en la que el juez deba acoger la opinión del niño para tenerla en cuenta en el proceso en que éste se encuentra involucrado, sino que más bien hay que atender al nivel de su desarrollo, cabe ahora precisar los elementos que permitan determinar dicho grado de madurez.

Se ha señalado que la etapa preescolar, esto es, hasta los cinco años, se caracteriza por un dominio del lenguaje limitado, lagunas y errores de percepción, comprensión e interpretación, todo lo cual reviste a los procesos mentales de los niños de esta edad, de un carácter fascinante y a veces desconcertante. Si bien es importante permitir la expresión del niño aún a temprana edad, a fin de conocer sus intereses, necesidades y vínculos, no sería operativo legislar sobre el tema en esta etapa, sin perjuicio de que las circunstancias del caso puedan llevar al juez a la convicción de la conveniencia de escucharlo; en dicho caso, serán necesarias otras vías de expresión del niño, que no sean el lenguaje oral. Pero sin duda, a medida que el niño va creciendo y adquiriendo pensamiento abstracto, su grado de discernimiento permitiría hacerlo participar gradualmente y dentro de lo posible mediante la expresión de su opinión.

Citando a L. Stone y J. Church, Risolia de Alcaro señala: "El núcleo de las nuevas aptitudes intelectuales del niño en esta etapa es su creciente dominio de los símbolos. El niño comienza a percatarse de que las palabras y las cosas, acciones o atributos a los que se refieren, pertenecen a órdenes distintos de la realidad.

En lo relativo a la información general, en su transición desde una orientación egocéntrica, personalizada y subjetiva, a una cosmovisión objetiva y relativista, el niño elabora un sistema de expectativas. Se ubica en el tiempo y admite que el mundo existía antes que él y que seguirá existiendo después de su muerte. Medita sobre los misterios de la vida, toma conciencia de los procesos de su propio cuerpo, le interesan las secuencias causales, pero sigue teniendo una visión predominantemente fenomenalista y realista, y por tanto fatalista. Lo conmueven las cuestiones de justicia o injusticia, sobre todo las que tienen relación con él mismo. Si bien tiene una concepción mágica y artificialista, ad-

quiere una creciente capacidad para comprender principios generales de justicia y para ver cómo se aplican a los problemas".¹³

Considerando este análisis, puede señalarse que el niño, que conforme a cada criterio que se utilice, no haya alcanzado un juicio propio o los grados de edad y madurez correspondientes, debe ser igualmente escuchado, pero su opinión debe ser decodificada, descifrada, comprendida, con el apoyo de profesionales capacitados para interpretar lo que el niño ha expresado, no siempre, y esto es importante, a través del lenguaje oral, sino utilizando diversos mecanismos destinados a tal fin. Indudablemente será el juez o la autoridad administrativa, según el caso, a quien le compete esta tarea de apoyarse en los profesionales correspondientes (psicólogos, psicopedagogos, asistentes sociales, etc.).

Es pertinente señalar que la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de 1980, publicada en Chile en el Diario Oficial de 17 de junio de 1994, señala en su artículo 13, párrafo 4º: "La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño, si comprueba que él se opone a su regreso, y ha llegado a una edad y a un grado de madurez en la que su opinión merece tenerse en cuenta". Esto aparentemente tan sencillo oculta aristas que exigen un debate exhaustivo para obtener una conclusión que sirva de base o parámetro para la labor del juez y los operadores del derecho.

En relación a ello existen dos criterios de interpretación para considerar apropiada la opinión del niño:

- 1º Los que entienden que si la Convención no brinda una calificación autárquica de la edad en la cual se deba considerar apropiada la edad del menor, la solución es recurrir a la *lex fori*.
- 2º La otra posición o criterio sería la de que en cada caso particular deberá analizarse si el menor posee un grado de madurez suficiente para evaluar su propio destino y su propio bienestar. "Y esta se deduce al decir de Arcagní de la circunstancia de que si la Convención no pone o no ha puesto ningun-

¹³ RISOLÍA DE ALCARO, MARÍA. 1998. "La opinión del niño y la defensa de sus derechos". En: *Los Derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad*. Buenos Aires. Universidad, pág. 265.

na edad determinada para evaluar la opinión del menor y no ha hecho ninguna distinción, no cree los que sustentan esta posición doctrinaria que deban realizarse interpretaciones que puedan desnaturalizar el espíritu y fines de la Convención (*lex non distinguere non distinguere debemus*). La Corte Suprema de los Estados Unidos de América en un fallo (*Sheikh v. Cahill* 145, Misc2d. 71. 546 NYS 2d 517 Supreme Kings Co. 1988) de restitución de un menor a su residencia habitual decidió que el menor de 9 años de edad no había obtenido una edad y un grado de madurez para que la Corte tomara en consideración su opinión y estimó que la reacción del menor era el resultado del impacto de las vacaciones con su padre y que era normal considerando su edad y la madurez del menor y por ello no podía considerarse como excepción a la restitución a la residencia habitual. En apretada síntesis conviene destacar que durante la entrevista con el menor éste había manifestado que quería quedarse en los Estados Unidos. La Corte escuchó al menor y luego meritó sus dichos"¹⁴.

En Francia, la psicoanalista Françoise Dolto, habla de "edad del juicio" la que ubica a partir de los 8 o 9 años; esta edad sería la de la aceptación de la ley que rige los sexos del sujeto hasta en los procesos imaginarios. Ello produce en el niño una mutación, la integración del sujeto a la sociedad en cuanto responsable de sus actos deliberados. Si los padres le dejan al niño el ejercicio de su libertad, se vuelve autónomo, interesado en todas las leyes de la vida social y aspira a un éxito en su clase de edad, más allá de la vida familiar.¹⁵

4. NATURALEZA Y MODO DE LA INTERVENCIÓN

El principio general es que el niño tiene derecho a ser oído personalmente por el juez, a ser informado debidamente y a tener la garantía de contar con una defensa apropiada cuando sea necesario. El derecho del niño a ser oído debe

¹⁴ BENÍTEZ, NANCY. 1998. "El derecho del niño (como sujeto de derecho) a ser escuchado, su participación, su opinión". En: *X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*. 1998. Mendoza, Argentina. Ponencias Comisión II, pág. 141.

¹⁵ En este párrafo sigo las reflexiones de la psicoanalista Françoise Dolto, cit. por MOREDA CEREZO, LILIANA. 1998. "El derecho del niño a ser oído". En: *X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*. 1998. Mendoza, Argentina. Ponencias Comisión II, págs. 147 y ss.

respetarse en el seno familiar y en todo tipo de procesos en los que sea parte o en los que se encuentra involucrado su interés, persona, o bienes.

Si nos preguntamos qué significa en la práctica la intervención del niño en el proceso, podemos pensar que es llevarlo al centro del mismo, colocarlo como protagonista en él; también podemos concluir que sus opiniones constituyen un medio de prueba que el juez debe admitir y apreciar conforme a las reglas procesales y sustanciales que el Derecho interno le obliga a aplicar. Sin embargo ello no es así; el verdadero sentido de su participación en el procedimiento judicial en el que tiene interés es darle el lugar que le corresponde en él; de allí que el niño no sólo debiera concurrir cuando es citado sino que toda vez que sea él mismo el que tome la iniciativa.

"Los términos excesivamente amplios de la Convención admiten que la intervención procesal del menor sea directa o por medio de un órgano apropiado. Las acciones deben tender a que no se frustre la finalidad que se tiene en vista: 'escuchar al menor', por lo que proponemos que siempre que sea posible el juez lo escuche directamente, evitando todo tipo de solemnidades, requiriendo la colaboración de equipos técnicos, a solas o en compañía de una persona de confianza, excluyendo a todas otras cuya presencia pueda coaccionar al niño"¹⁶.

En cuanto al modo de ejercitar el derecho del niño a ser oído, el artículo 12 de la Convención establece dos maneras: directamente, o por medio de su representante u órgano apropiado. Veamos estas dos hipótesis:

1. **El niño debe ser oído directamente:** como ya he señalado anteriormente, a partir de la vigencia de la Convención, surge el reconocimiento de derechos específicos que deben ser garantizados con la participación directa del niño y que no pueden ser protegidos exclusivamente mediante sus representantes. Es por ello, que se deberá oír directamente al niño/niña/adolescente, en todos los casos en que estén comprometidos sus derechos fundamentales. Puede suceder que el interés del niño coincida con la voluntad de sus padres, tutores o guardadores, en cuyo caso, no habrá intervención judicial para su debido reconocimiento. Cuando ambas

¹⁶ ORLANDI, OLGA, ob. cit., pág. 270.

posturas entran en conflicto, el niño puede dar a conocer su opinión personalmente: a través del Ministerio Público de Menores, en los países en que dicho órgano existe, o su equivalente; autoridades educativas; autoridades y/o funcionarios administrativos protectores, o cualquier persona que en contacto con el niño le facilite el acceso a la Justicia, en cuyo caso las normas procesales deben contemplar la posibilidad que el niño sea citado por el juez para ser oído personalmente, y en estos casos requerir la asistencia de quien se estime conveniente.¹⁷

¹⁷ Resulta interesante transcribir el siguiente petitorio presentado ante los tribunales argentinos, por un niño de 13 años, y comentado por D'ANTONIO: "Solicita audiencia. Señor Juez: GERMÁN R., en autos "R., J. P. c/S. de R., M. s/fijación de régimen de visitas", a VS respetuosamente me presento y digo: I. HECHOS. FUNDAMENTACIÓN. Según surge de las constancias obrantes en estas actuaciones, el suscripto es hijo matrimonial de J.P.R. y de M.S. de R., quienes están separados de hecho desde el 12 de abril de 1996. Desde esa fecha convivo con mi madre y hermanos en el que fuera hogar conyugal sito en Bolívar... En los autos de referencia se ha fijado un régimen de visitas a favor de mi padre que contempla tres días durante la semana completos por mes. He finalizado el ciclo primario y actualmente curso el primer año del ciclo superior, lo que ha modificado la distribución de mis horarios de actividades, pues al mayor número de materias se ha sumado una serie de tareas extracurriculares que son en su mayoría, también obligatorias. Si bien es mi deseo mantener una comunicación fluida con mi progenitor, algunos de los días y horas fijados interfieren con las nuevas actividades escolares y de recreación que realizo en la actualidad. Generalmente, mi padre aprovecha los fines de semana para trasladarse a una quinta que tiene en las afueras de la ciudad, y los días que coinciden con las visitas, mis hermanos y yo tenemos que pasarlos allí con él y su nueva pareja, lo que frecuentemente me obliga a faltar a las prácticas deportivas o me impide compartir momentos de esparcimiento con mis nuevos amigos y compañeros. Por otra parte, me gustaría que mi padre pudiera acompañarme a los partidos o entrenamientos y, con trece años, me gustaría compartir con él algunas salidas de las que no pueden participar mis otros dos hermanos: DELFINA, de siete años, y MARTÍN, de cinco. Esto ha motivado que en algunas oportunidades no concuriera a los días y horas fijados, lo que generó disputas entre mis progenitores, pues mi padre cree que mi madre trata de obstaculizar nuestra relación paterno-filial, aunque tanto ella como yo hemos intentado explicarle la situación. Por tal motivo ocurro ante VS a fin de solicitar que fije una audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y en la que el suscripto pueda ser escuchado y VS pueda evaluar la conveniencia de modificar el régimen establecido en función del estándar jurídico dado por el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño. II (...). III. DERECHO. Ampara esta presentación lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 75, inc. 22, Const. Nacional). IV. PETITORIO. Por lo expuesto, a VS respetuosamente solicito: a) me tenga por presentado, dándoseme la intervención correspondiente a fines de esta petición. b) previa vista al defensor de menores, se sirva fijar día y hora de audiencia para que el suscripto pueda ser escuchado en relación a los hechos expuestos. Provea VS de conformidad, será justicia. Germán R.". D'ANTONIO, DANIEL HUGO. 1999. *Práctica del Derecho de Menores. Modelos de aplicación profesional aplicados*. Buenos Aires. Astrea, p.65-68.

2. **Cuando el niño/niña/adolescente es oído por medio de su representante u órgano apropiado:** el niño en este caso, cuenta con una representación compleja. Comparece como actor o demandado, por medio de sus representantes. En consecuencia, sus intereses están resguardados con la actuación de sus representantes, o más bien dicho, así debiera ser.¹⁸

Es importante señalar que aquí opera un cambio conceptual de lo que es la representación, puesto que normalmente la representación existe cuando la voluntad del incapaz es sustituida totalmente por la voluntad de la persona u órgano que lo representa (así se ha explicado la figura de la representación mediante una serie de teorías como la de la Ficción, o la de la Modalidad). En cambio, conforme al artículo 12 de la Convención, el derecho del niño a ser oído puede ejercitarse "por medio de sus representantes", lo que es una facultad distinta a "actuar en nombre o representación de", ya que la norma dispone que el representante haga conocer la opinión del niño al margen de la representación que ejerce por las normas legales de fondo. Así las cosas, esta figura se explicaría mediante otras concepciones de esta institución de la representación, como son la Teoría

¹⁸ En "El estudio sobre la jurisprudencia de la ley N° 19.585 en algunos aspectos relevantes en el primer año desde la entrada en vigencia de esta nueva normativa", realizado por el SERNAM, cuyas investigadoras fueron las profesoras de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Claudia Schmidt Hoff y Paulina Veloso Valenzuela, en cuanto a las características de las partes en el ejercicio de la acción de reclamación en filiación no matrimonial, señala: "En la mayoría de los casos, la parte demandante es el hijo incapaz representado legalmente por su madre (596 casos de un total de 669, lo que representa un 89.08%). Y la gran mayoría de estas demandas, como dijimos, son de reclamación de paternidad no matrimonial.

Se observa que el nuevo sistema filiativo viene a enmendar un grave defecto de que adolecían las normas del Código Civil: la madre natural no era representante legal de sus hijos, salvo que hubiere sido nombrada guardadora. En la legislación actual, la madre en esta hipótesis, es la representante legal de su hijo, por aplicación de los artículos 225 y 245 del Código Civil. Y en conformidad al artículo 205, el hijo es titular de la acción de reclamación de paternidad, ya sea concurriendo por sí mismo, si es plenamente capaz, o a través de su representante legal, si fuere incapaz.

Sin embargo, debe señalarse que en la mayoría de las demandas no se señala que la madre concurre en calidad de representante legal de su hijo incapaz, y no como titular de la acción. Por su parte, el Tribunal respectivo, en general, no repara en este aspecto, y de allí que en la propia carátula del expediente se le señala a ella como parte". SERNAM. 2000. Estudio Sobre la Jurisprudencia de la ley N° 19.585 en aspectos relevantes en el Primer año de entrada en vigencia de esta Nueva Normativa. págs. 98-99.

del Mensajero o de la Cooperación de voluntades. En este caso, el representante deberá comparecer a los tribunales y decir o dar a conocer la voluntad del niño, pudiendo o no considerar el juez esta expresión de voluntad con un criterio razonable y en conformidad al interés superior del niño.

4.1. Alcance de la opinión del niño

La obligación de oír al niño no es equiparable con la de aceptar su deseo. Las expresiones que emita durante el proceso en que sea escuchado, no son una especie de orden para el juez. La actitud correcta del juez ante el cual se presenta el niño es desentrañar la verdadera voluntad, interés, y conveniencia del niño. Lo que el juez oiga de él será un elemento fundante de su decisión pero no su decisión misma. "Su necesidad subjetiva deberá ser confrontada con la necesidad objetiva"¹⁹. El juez resolverá teniendo en cuenta el interés superior del niño.

El juez deberá lograr la máxima congruencia entre lo que el niño expresa y lo que éste requiere para un adecuado proceso de socialización, teniendo siempre en cuenta el mejor interés del niño. El juez y los demás operadores del Derecho deben representarse la posibilidad de que el niño esté sufriendo presiones o interferencias, las que variarán dependiendo del juicio de que se trate pero que tendrán el común denominador de deformar el legítimo derecho del niño de exteriorizar sus deseos y emociones; no olvidemos, además, que el juez no sólo debe ponderar lo "dicho" por él sino que deberá ser un atento interlocutor, descubrir actitudes y gestos que evidencian, en ocasiones, mucho más que las propias palabras.

El juez debe tener en consideración el carácter o entidad de los dichos que el niño expone de acuerdo a una edad cronológica. Jean Piaget señala: "...la necesidad de justificación a cualquier precio es una ley general de la inteligencia del niño que deriva del sincretismo del razonamiento infantil. Por el hecho de que todo está ligado por el sincretismo, todo se debe a todo, todo es percibido a través de esquemas de conjunto contruidos por la imaginación gráfica, por las analogías de detalle, por la circunstancia contingente, es natural que la idea de azar o de lo arbitrario no existan para la mentalidad sincrética, y que,

¹⁹ ORLANDI, OLGA, ob. cit., pág. 273.

por lo tanto, se pueda encontrar la razón de todo",... "...son los hábitos egocéntricos del pensar los que impulsan a huir del análisis y a satisfacerse con esquemas de conjunto individuales y arbitrarios. Se comprende entonces porqué las justificaciones infantiles, que derivan del sincretismo tienen carácter de interpretaciones subjetivas...".²⁰

5. CONSAGRACIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

Chile suscribió la Convención junto a otros 57 países el 26 de enero de 1990. El 10 de julio de ese año, fue aprobada unánimemente por ambas ramas del Congreso y ratificada ante Naciones Unidas el 13 de agosto. El día 14 de agosto de 1990 fue promulgada como ley mediante el decreto supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue publicado en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile.

En el marco de la conmemoración del quinto aniversario de la promulgación en Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Cámara de Diputados programó un acto especial en la sesión del 16 de agosto, en que los parlamentarios comprometieron su apoyo al tema de la infancia. En esa ocasión se aprobó por unanimidad un Proyecto de Acuerdo para impulsar el cumplimiento de las obligaciones de nuestro país hacia los niños y comprometerse a avanzar en los proyectos de ley en beneficio de la infancia.

En los últimos tiempos se han realizado avances legislativos y la Función Ejecutiva ha explicitado su interés y compromiso en orden a priorizar el tema de la infancia. Paralelamente, existe una creciente preocupación tanto a nivel de Gobierno como de organismos no gubernamentales por la situación de los Derechos del niño. Sin embargo, en Chile aún falta una profunda reforma que haga efectivo el cumplimiento de los derechos del niño y permita enfrentar problemas como las disparidades regionales en educación, y temas emergentes, como la drogadicción y el maltrato infantil, entre otros.

Sumar el compromiso parlamentario a la voluntad del Gobierno y las múltiples iniciativas que paulatinamente van conformando una red de solidaridad por

²⁰ PIAGET, JEAN. *El lenguaje y el pensamiento en el niño. Estudio sobre la lógica del niño (I)*, pág. 148.

este ideal común, significa un paso fundamental para avanzar en el cumplimiento de las obligaciones de nuestro país hacia los niños, y un impulso a los proyectos encaminados hacia una mejor legislación de la infancia y adolescencia.

5.1. El principio del Interés Superior del Niño y su Derecho a ser Oído

Emilio García Méndez, autor que ha acuñado la denominación de Doctrina de la "Protección Integral" se refiere al compromiso que los Estados Partes de la Convención de los Derechos del Niño habrían asumido en torno a adoptar las medidas necesarias para adecuar sus legislaciones a los principios rectores de dicho instrumento.²¹

El elemento fundamental de esta doctrina es el Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo 3.1 de esta Convención, en los siguientes términos: **"En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"**.

Aunque el presente artículo se centre en el análisis del derecho del niño a ser oído, debo indicar que éste se encuentra íntimamente relacionado con el del interés superior del niño. Entre las conclusiones adoptadas por la Comisión N° 2 "El Niño como Sujeto de Derecho" del X Congreso Internacional de Derecho de Familia se encuentra la de estimar el "interés superior del menor" o "mejor interés del menor" como un "principio general del derecho", cuyo contenido debe ser concretado en cada caso, por los legisladores nacionales y locales, siendo el juez en última instancia quien lo deberá aplicar al caso concreto. Es decir, no existe un único concepto, sino que se trata de un concepto dinámico, en evolución.

En dicho Congreso se señaló además: "Sin perjuicio del carácter operativo del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, se considera necesario dictar normas procesales para una mejor aplicación. Prioritariamente el niño deberá ser oído personalmente, y subsidiariamente, por medio de su represen-

²¹ Ver GARCÍA, EMILIO. 1995. "Infancia y Derechos Humanos". En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1995, Estudio Básico de Derechos Humanos, tomo II, pág. 303.

tante; al resolver se deberá tener en cuenta su opinión. El juez deberá tomar contacto directo con el niño y concederle la correspondiente participación. Se formularon diversas posturas respecto a la necesidad de dejar constancia o agregar la declaración del niño en el expediente. Se propone crear la figura del defensor del niño y del adolescente. El derecho del niño a ser oído exige en su realización ámbitos apropiados. Se formularon distintas propuestas respecto a la edad en la que los niños deben ser oídos. El juez debe ser persona idónea para oír al menor y estar preparado profesionalmente para poder decodificar sus dichos".

Se destacó también que debe lograrse una concepción integral de los derechos del niño, acogiendo los aportes provenientes de disciplinas extrajurídicas como la psicología, antropología, siquiatria, sociología, etc.

Es esta integralidad la que nos lleva a concebir a estos dos principios íntimamente vinculados; es difícil imaginarse la idea de que un juez asegure haber tenido en debida consideración el interés superior de un niño en un caso de tuición, por ejemplo, si no le ha preguntado su opinión y brindado la debida atención interdisciplinaria.

5.2. Recepción de estos principios en el nuevo estatuto filiativo

Resulta interesante señalar la importancia que se le dio a la Convención cuando se discutió en el Parlamento el nuevo estatuto filiativo. En el Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se dijo: "Se dejó constancia de que la Convención de los Derechos del Niño se entiende incorporada en nuestra legislación y sus avances van más allá de los cambios que se recogieron en el proyecto".²²

El interés superior del niño se recoge en varias disposiciones del Nuevo Código Civil: artículos 222 inciso 2º, 225 inciso 3º, 229 inciso 2º, 234 inciso 3º, 240 inciso 2º, 244 inciso 3º, 245 inciso 2º, 268 inciso 2º, y 272 inciso 2º. Nuestro nuevo estatuto filiativo recoge el principio del interés superior del menor y el del

²² Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín N° 1067-07, pág. 36.

derecho del niño a ser oído, fundamentalmente, en el Título IX del Código Civil denominado "De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos". Son dos los artículos claves en esta materia: el artículo 222 inciso segundo y en el artículo 242 inciso segundo del Código Civil.

El artículo 222, prescribe:

"Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

La preocupación fundamental de los padres es el **interés superior del hijo**, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades".

Este artículo recoge el principio del interés superior del niño, y tiene vital importancia porque debe ser considerado la norma rectora en materia de relaciones parentales, ya que reconoce la autonomía progresiva del niño y establece las directrices de acuerdo a las cuales los padres deben guiar y orientar al niño.

El artículo 227 en su inciso 1º señala:

"En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, **oyendo a los hijos** y a los parientes".

Este artículo está ubicado dentro de las normas del derecho-función de tuición, sin embargo, podemos entenderlo aplicable a otros casos en donde el interés del niño esté comprometido. Además constituye un mandato para el juez pues le señala cómo debe conocer de estos asuntos; en lo referido a la escucha de parientes, debemos entenderlo remitido al artículo 42 del Código Civil.

El artículo 242 señala:

"Las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales.

En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y **tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez**".

Es este último artículo, especialmente su inciso segundo, el que consagra el derecho del niño a ser oído. Y no obstante estar ubicado al final del Título IX referido a las relaciones filiales personales, creo que es de aplicación general.

Sin embargo, si confrontamos esta nueva redacción con el actual **artículo 36 de la Ley de Menores N° 16.618**, advertiremos una incongruencia. En efecto, este último artículo prescribe: "El juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, **si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente**. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios. Podrá también utilizar todos los medios de información que considere adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste, a proporcionarlos cuando les sean solicitados para los efectos de la presente ley. Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el juez de letras de menores".

El artículo recién transcrito distingue entre menor púber (mujer mayor de 12 años, o varón mayor de 14 años, ambos sin cumplir aún los 18 años) e impúber (mujer menor de 12 años, o varón menor de 14 años); al primero, **debe** escucharlo siempre, al segundo, sólo si lo **estima conveniente**.

Como el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, resulta directamente operativo, es decir, no requiere de reforma legal para ponerlo en práctica, debemos entender que el juez de menores deberá oír al niño siempre sin distinguir de si es púber o impúber, sino que **de acuerdo** con su edad y madurez.

Esta incongruencia es claramente perceptible y la solución parece ser la que arriba he postulado, sin embargo, y esto requeriría de un análisis más profundo, es posible señalar que dicho artículo 36 de la citada ley se encuentra derogado tácitamente; lo mismo podría ocurrir con la norma que permite negar el asenso para el matrimonio sin expresión de causa.

5.3. Recepción del principio del Derecho del Niño a ser Oído en el derecho comparado

Puede advertirse que las legislaciones comparadas se posicionan muchísimo más avanzadas que nuestro país en lo que dice relación con la operatividad directa del artículo 12 de la Convención y la adecuación de la legislación interna a dicho instrumento internacional. Algunos ejemplos son los siguientes:

- **Venezuela:** la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, que entró en vigencia el 01 de abril de 2000, fue dictada con el objeto de adecuar la normativa vigente en Venezuela, a la Convención de los Derechos del Niño y a la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. Numerosos son los artículos que se refieren a la participación del niño en los más diversos ámbitos donde está involucrado su interés. A modo ejemplar cito dos artículos: "Artículo 80. Derecho a Opinar y a Ser Oído. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

Parágrafo Primero: Se garantiza a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.

Parágrafo Segundo: En los procedimientos administrativos o judiciales, la comparecencia del niño o adolescente se realizará de la forma más adecuada a su situación personal y desarrollo. En los casos de niños y adolescentes con necesidades especiales se debe garantizar la asistencia de personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión.

Parágrafo Tercero: Cuando el ejercicio personal de este derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, éste se ejercerá por medio de

sus padres, representantes o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño o adolescente, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión.

Parágrafo Cuarto: La opinión del niño o adolescente sólo será vinculante cuando la ley así lo establezca. Nadie puede constreñir a los niños y adolescentes a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos y judiciales".

"Artículo 81. Derecho a participar. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa. El Estado, la familia y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños y adolescentes y sus asociaciones".

- **Colombia:** recoge expresamente el derecho del niño a expresar su opinión en el artículo 10 del Código de Menores. Complementarias a esta disposición son el artículo 11 y 35 del mismo cuerpo legal, en cuanto consagran el derecho del niño a ser informado.
- **Panamá:** El Código de Familia de Panamá en su Capítulo II "DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR", señala en el artículo 489: "TODO MENOR TIENE DERECHO: inc. 10) Expresar su opinión libremente y conocer sus derechos. En consecuencia en todo proceso que pueda afectarlo, deberá ser oído directamente o por medio de un representante, de conformidad con las normas vigentes y su opinión debe tomarse en cuenta, considerando para ello la edad, y madurez del menor".
- **Uruguay:** cuenta con un Código del Niño, en el cual se declara que el interés superior del menor debe guiar todos los procedimientos de naturaleza fáctica y jurídica que tengan relación con el niño. La legislación civil interna, actualmente vigente, garantiza que la opinión del niño sea escuchada en aquellos asuntos en cuyas instancias se modifican y transforman su estado civil; la ley establece la obligación del juez actuante de tener entrevistas privadas con el niño. Aún no está consagrada expresa-

mente la comparecencia del niño en todos los procedimientos judiciales o administrativos, salvo cuando la ley lo requiera expresamente. El proyecto del nuevo Código del Menor, estipula como un derecho del niño: "comparecer personalmente y en cualquier momento ante la autoridad, ser oído y recibir asistencia jurídica adecuada para su asesoramiento o defensa".

- **Ecuador:** El Código de Menores de Ecuador, señala en su artículo 38: "Al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, se garantiza el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y por los medios que elija, y a que se tenga en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez". En su artículo 59 se prescribe: "Presentada la demanda sobre tenencia, el tribunal hará comparecer mediante citación o, si no compareciere, por la fuerza pública, al tenedor del menor a una audiencia reservada en la que oirá a las partes y al menor...". Por último, en su artículo 61, señala: "La resolución del Tribunal respecto a la tenencia será motivada. Entre los considerandos constará necesariamente la posición que el menor ha mantenido en la audiencia. Además mandará el seguimiento del equipo de Trabajo Social". El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia, contiene un capítulo denominado "Derechos de participación" (Capítulo V). Ubicados dentro de ese capítulo están los artículos 58 y 59. El artículo 58 señala: "Derecho a expresarse y manifestarse. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresarse libremente y a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, oralmente, por escrito o cualquier otro medio que elijan, con las únicas restricciones que imponga la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, derechos y libertades fundamentales de los demás". El artículo 59 prescribe: "Derecho a expresarse y ser oído en los asuntos que tengan interés. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. No obstante lo expuesto, ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión".
- **Costa Rica:** No ha legislado aún sobre los derechos reconocidos en la Convención, pese a contar con un Código de Familia. Ha elaborado una

serie de medidas para armonizar políticas, con las disposiciones de aquélla, las que giran en torno a tres ejes: supervivencia, protección y desarrollo. Existe un proyecto de ley para la creación de un Código de Menores, que contempla en su artículo 12, una disposición que tiene por objeto garantizar el respeto al juicio y opinión del niño. Propugna, para conocer debidamente los derechos del niño, una amplia difusión de los mismos a través de programas televisivos, radiales, folletos instructivos, etc., dirigidos a toda la comunidad.

- **Francia:** el capítulo cuarto de la ley N° 93-22 del 8 de enero de 1993, regula expresamente el derecho del niño a ser oído en justicia; incorpora al Código Civil el nuevo artículo 388 pto. 1°, que dice: "En todo procedimiento que le concierna, el menor con aptitud para discernir puede, sin perjuicio de las disposiciones que prevean su intervención o su consentimiento, ser escuchados por el juez, o la persona designada por el juez a este efecto. Cuando el menor sea actor, su intervención no puede ser rehusada sino por una decisión especialmente motivada. Puede ser escuchado solo, con un abogado o con una persona de su elección. Si esta elección no aparece conforme al interés del menor, el juez puede proceder a la designación de otra persona. El hecho de escuchar al menor no le confiere calidad de parte en el procedimiento".
- **España:** La ley española de 7 de julio de 1981 modificó el artículo 92 del Código Civil señalando: "Las medidas judiciales sobre cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años de edad". Esto está previsto para los juicios de separación, divorcio y nulidad matrimonial. A su vez en las relaciones paterno filiales, el artículo 154 inciso 2° prescribe que si los hijos tuviesen suficiente juicio deberán ser oídos siempre, antes de adoptar decisiones que los afecten. La Ley Orgánica N° 1/1996 de 15 de enero, sobre la Protección Jurídica del Menor, que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala en las disposiciones generales, "que las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el estatus social del niño y como consecuencia de eso se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia". En su artículo 9° prescribe "DERECHO A SER OÍDO:

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada, a su situación, y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.
2. Se garantiza que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo, o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.
3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le representa, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al ministerio fiscal y a aquéllos".

La denegación de la audiencia es considerada una flagrante violación al derecho constitucional consagrado en su beneficio. En lo que se refiere a la legislación de Cataluña, es de destacar que esta necesidad de que el derecho del niño a ser oído en todos los procesos, ha sido incluido expresamente en la ley N° 8/1995 de Protección a los niños y adolescentes de la Comunidad Autónoma de Cataluña, España.

- **Inglaterra:** el artículo 10 de la Children Act de 1989, concede al niño el derecho de acceder a la justicia; puede por su propia iniciativa, peticionar que el juez se pronuncie sobre la modificación o supresión de medidas relativas a su domicilio, el derecho de visitas del progenitor no guardián, prohibiciones que se le quieran imponer, etc.
- **Italia:** el artículo 321 del Código Civil, reconoce a los niños el derecho a dirigirse directamente a la autoridad judicial para iniciar acciones que le

interesan y que superen el marco de la administración ordinaria de sus bienes propios, cuando la persona que ejerce la patria potestad no puede o no quiere hacerlo. De acuerdo al artículo 320 del mismo cuerpo legal, la representación de los menores es ejercida por sus padres, pero en caso de conflicto de intereses, el juez, a pedido del propio menor o del Ministerio Público, puede designar un curador especial (artículo 321 del Código Civil italiano). Además se prevé a través de distintas leyes, la audiencia directa del menor, la cual según los casos, habrá de ser facultativa para el juez, y entre otros obligatoria; y procede aún sin la presencia de los padres (artículos 155, 250, 316, 371 del Código Civil; artículos 4º y 7º de la ley Nº 184 del 4 de mayo de 1983; artículo 6º párrafo 9 de la ley Nº 898 del 1 de diciembre de 1970; artículos 4º y 22 de la ley Nº 194 del 22 de mayo de 1978).

- **Suecia:** en julio de 1993 creó el cargo del ombudsman de los niños, quien está encargado de vigilar la observancia de los derechos de los menores de 18 años. La función del ombudsman es controlar no sólo el respeto de la Convención, sino también fomentar las condiciones para el mejor desarrollo y aplicación de aquélla. Existe una organización de voluntarios ("Derechos de los niños en la Sociedad"), que actúa en defensa de ellos, y cuentan con el "teléfono de ayuda a los niños", al que pueden llamar para recibir ayuda, apoyo, consejos. También está organizada la atención al niño hospitalizado, el cual tiene derecho a actividades pedagógicas y enseñanza escolar. Cuentan con personal dotado de una formación adecuada para estimular la formación pedagógica que estimule a los niños en su desarrollo.
- **Dinamarca:** las reglas básicas sobre derechos personales y patrimoniales de los niños, se encuentran contenidas el Legal Incapacity and Guardianship Act y disposiciones complementarias. Por esta acta, los menores de 18 años están sujetos a la custodia de sus padres a menos que hayan contraído matrimonio. El acta no contiene reglas generales sobre los derechos del niño a ser consultados y sobre sus derechos a la propia determinación. Sin embargo, esta acta asegura a los niños cierto derecho a expresar sus opiniones en el momento de la toma de decisiones. Por ejemplo, en materia de régimen comunicacional, adopción, métodos anticonceptivos, aborto, etc.

El marco normativo de la Comunidad Europea, contempla en el "Convenio europeo STE 160 sobre el ejercicio de los derechos de los menores"²³, en su artículo 3, el derecho del menor a ser informado y expresar sus opiniones en los procedimientos que le afecten; el artículo 4 consagra el derecho del menor a solicitar el nombramiento de un representante especial. El artículo 24 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, señala que "Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez". En cuanto al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, la Comisión de las Comunidades Europeas ha trabajado en una propuesta de Reglamento sobre Responsabilidad Parental. Dicha Comisión ha señalado: "Algunos estados miembros han sugerido que la nueva legislación refuerce la participación del menor en las resoluciones que le afecten. Esto significa ir más allá de los requisitos del Reglamento de Bruselas II para dar al menor la oportunidad de ser oído y de que sus opiniones se consideren, teniendo en cuenta su edad y madurez. Por ejemplo, el Reglamento puede establecer que el menor tenga un derecho incondicional a ser oído, o, incluso, a que sus deseos se respeten, siempre que haya alcanzado determinada edad. Hay que tener, no obstante, en cuenta que este derecho se ha definido tradicionalmente (por referencia a la edad y madurez del niño) con un propósito importante, es decir, proteger al niño de su propia inexperiencia o de la manipulación por parte de otras personas y permitir que el juez ejercite su discrecionalidad en esta delicada materia".²⁴

6. CONCLUSIONES

La Convención de los Derechos del Niño es un verdadero código universal de los derechos de la niñez y adolescencia. Los postulados de este instrumento internacional constituyen el reemplazo de la "Doctrina de la Situación Irregular

²³ Vigencia: 1 de julio de 2000; en vigor solamente en un Estado miembro, Grecia.

²⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Documento de Trabajo de la Comisión, Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, Bruselas", 27 de marzo de 2001. COM (2001) 166 final, págs. 19-20.

del Menor", por la "Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño", esto es, la sustitución de la idea de un niño objeto de compasión y amparo, por la concepción de un niño sujeto de derecho. A diferencia de lo que sucedía con anterioridad a su entrada en vigencia, no define a los niños y adolescentes por sus carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Los considera y define en relación a sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.

A modo de conclusión, me parece importante destacar algunas de las ideas desarrolladas en el presente artículo:

- El principio del derecho del niño a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, forma parte de la "Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño", por lo tanto, es un derecho humano que le asiste a todo niño/niña/adolescente, sin excepción alguna. El principio afirma que el niño es una persona en todo el sentido de la palabra, que tiene el derecho a expresar sus opiniones en aquellos asuntos que le afecten, e indica que estas opiniones deben ser escuchadas y tenidas debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño. Este artículo reconoce las posibilidades que tienen los niños de enriquecer el proceso de toma de decisiones, compartir su perspectiva y participar como ciudadanos y promotores del cambio.
- La consagración del derecho del niño a ser oído, en la Convención de los Derechos del Niño y en otros instrumentos internacionales, nos permite afirmar la "Internacionalización de los Derechos del Niño", no siendo requisito una declaración legislativa que lo reconozca, para proceder a su aplicación.
- El derecho del niño a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención, es operativo, comprometiendo su aplicación efectiva en los procedimientos judiciales vinculados con el derecho de familia y la inspiración de reformas legislativas que guíen las interpretaciones judiciales. Por ello, los Estados deben promover la modificación del derecho de fondo y forma o su correcta interpretación a la luz de los principios contenidos en la Convención.

- Al niño debe dársele la debida intervención en los procesos judiciales y administrativos en los cuales se discuten cuestiones que pueden afectar a su persona, sus intereses actuales o futuros, materiales o morales. El principio general es que el niño tiene derecho a ser oído personalmente por el juez, a ser informado debidamente y a tener la garantía de contar con una defensa apropiada cuando sea necesario. El derecho del niño a ser oído debe respetarse en el seno familiar y en todo tipo de procesos en los que sea parte o en los que se encuentra involucrado su interés, persona, o bienes.
- Considero que no debe señalarse una edad precisa para oír al niño, sino que lo importante es que surja un cambio de mentalidad en los operadores del derecho al momento de escucharlo. El Derecho interno podrá fijar la edad siempre que se utilicen pautas razonables.
- En cuanto a la determinación del grado de madurez para escucharlo, el niño, que conforme a cada criterio que se utilice, no haya alcanzado un juicio propio o los grados de edad y madurez correspondientes, debe ser igualmente escuchado, pero su opinión debe ser decodificada, descifrada, comprendida, con el apoyo de profesionales capacitados para interpretar lo que el niño ha expresado, no siempre, y esto es importante, a través del lenguaje oral, sino utilizando diversos mecanismos destinados a tal fin. Indudablemente será el juez o la autoridad administrativa, según el caso, a quien le compete esta tarea de apoyarse en los profesionales correspondientes (psicólogos, psicopedagogos, asistentes sociales, etc.).
- El sentido de la intervención del niño en los juicios en donde está involucrado su interés personal o patrimonial, se fundamenta en una mejor información del juez para que vele por sus intereses. No debe considerarse que las declaraciones del niño son un medio de prueba, sino que debe dársele su lugar en el procedimiento; de allí que pueda ocurrir ante el juez o la respectiva autoridad administrativa no sólo cuando se le cite. La intervención se efectúa directamente, o mediante representantes u órganos apropiados. Las expresiones del niño no obligan al juez. La obligación de oír al niño no es equiparable con la de aceptar su deseo. Las expresiones que emita durante el proceso en que sea escuchado, no son una especie de orden para el juez. La actitud correcta del juez ante el cual se presenta el niño es

desentrañar la verdadera voluntad, interés, y conveniencia del niño. Lo que el juez oiga de él será un elemento fundante de su decisión pero no su decisión misma. Su necesidad subjetiva deberá ser confrontada con la necesidad objetiva. El juez resolverá teniendo en cuenta el interés superior del niño.

- Este derecho debe instrumentarse en forma expresa en la ley procesal, así se evitarán dudas acerca de su aplicación. Se requiere la existencia de tribunales especializados, procedimientos orales e instancias previas conciliatorias. Teniendo en cuenta que muchos de los problemas que afectan al niño van más allá de lo jurídico, deberá implementarse toda una estructura interdisciplinaria que apoye al juez en estos procesos.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS CONSTITUCIONALES, LEGALES (VIGENTES O PROYECTOS) E INFORMES PARLAMENTARIOS NACIONALES

1. Constitución Política de la República de Chile. Edición oficial aprobada por decreto N° 153 de 13 de febrero de 1998 del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998;
2. Convención sobre los Derechos del Niño. Texto promulgatorio, decreto N° 830, D.O. N° 33.779 de 27 de septiembre de 1990;
3. Código Civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000;
4. Código Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997;
5. Ley N° 16.618, que fija el texto definitivo de la Ley de Menores, D.O. de 8 de marzo de 1967;
6. Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de 1980, D.O. de 17 de junio de 1994;
7. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín N° 1067-07;

TEXTOS CONSTITUCIONALES, LEGALES (VIGENTES O PROYECTADOS) Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

1. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la República de Venezuela de 1° de abril del año 2000.
2. Código de Menores de Colombia;
3. Código de Familia de Panamá;
4. Código del Niño de Uruguay;

5. Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador de 1º de junio de 2000;
6. Código de Menores de Ecuador;
7. Ley (francesa) 93-22 del 8 de enero de 1993;
8. Ley (española) Orgánica N° 1/1996 de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
9. Ley (española) de 7 de julio de 1981;
10. Children Act de 1989, Inglaterra;
11. Código Civil de Italia;
12. Legal Incapacity and Guardianship Act;
13. Convenio europeo STE 160 sobre el ejercicio de los derechos de los menores.

CONGRESOS

1. BENÍTEZ HAURON, NANCY. "El Derecho del Niño (como Sujeto de Derecho) a ser escuchado. Su participación. Su opinión". X Congreso Mundial de Derecho de Familia, Mendoza, 1998;
2. YANIERI, ALCIRA. "Condiciones para que el menor sea oído en el proceso". X Congreso Mundial de Derecho de Familia, Mendoza, 1998;
3. GORVEIN, NILDA SUSANA. "Mediación para el divorcio: ¿Hijos escuchados o Hijos ignorados?" X Congreso Mundial de Derecho de Familia, Mendoza, 1998;
4. ORLANDI, OLGA E. "El Derecho del Niño a ser oído en los Procedimientos Judiciales vinculados con la Familia". X Congreso Mundial de Derecho de Familia, Mendoza, 1998;

5. MOREDA CEREZO, LILIANA. "El Derecho del Niño a ser oído". X Congreso Mundial de Derecho de Familia, Mendoza, 1998;

LIBROS

1. RISOLÍA DE ALCARO, MARÍA MATILDE. "La opinión del niño y la defensa de sus derechos". En *Los derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad*. Buenos Aires. Universidad, 1998;
2. BIDART, GERMÁN. *Los derechos del niño y la justicia de menores*. El Derecho;
3. OPPENHEIM, RICARDO Y SZILOWICKI, SUSANA. *Teoría y realidad de la voz y presencia de los menores en los Juzgados Nacionales con competencia en materia de familia*. E.D. 155, 1994;
4. D'ANTONIO, DANIEL H. *Práctica del Derecho de Menores. Modelos de aplicación profesional aplicados*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994;
5. PIAGET, JEAN. *El lenguaje y el pensamiento del niño. Estudio sobre la lógica del niño*.

REVISTAS, SEMANARIOS Y DOCUMENTOS

1. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. El Derecho Constitucional del Menor a ser oído. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994;
2. SERNAM. *Estudio sobre la jurisprudencia de la ley N° 19.585 en algunos aspectos relevantes en el primer año desde la entrada en vigencia de esta nueva normativa*;
3. GARCÍA, EMILIO. Infancia y Derechos Humanos. En *Estudio Básico de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1995;
4. Comisión de las Comunidades Europeas, Documento de Trabajo de la Comisión. *Reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental*. Bruselas, 27 de marzo de 2001.