

EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS EN EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR CHILENO DE FAMILIA

*Alfredo Gabriel Pérez González,
Ignacio Esteban Díaz Heredia, Angélica María Caro Abarca,
Macarena Andrea Díaz Vivanco, Valentina Paz Contreras Rojas,
Nicole Anaís Salinas Álvarez y Susana Ester Rivas López,*

Tutor: *Eugenio Labarca Birke
Universidad Finis Terrae, Chile*

Resumen

Chile ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990. En ella, la comunidad internacional reconoció que los niños, niñas y adolescentes necesitan una atención y protección especial. En ese sentido, el derecho a ser oído junto con el interés superior del niño, fueron asimilados por nuestro ordenamiento jurídico como uno de los principios formativos del procedimiento rectores de la judicatura chilena. Sin embargo, respecto del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, la Convención solo entrega un margen general y nuestro ordenamiento jurídico nacional tampoco delimita los mecanismos mediante los cuales este derecho debe ejercerse.

Nuestro estudio empírico recoge datos que visibilizan si efectivamente los jueces actúan para asegurar que los niños, niñas y adolescentes sean oídos, y cuáles son los mecanismos utilizados para ello.

Palabras clave: Procedimiento de Familia, derecho del niño a ser oído, formas procesales.

Abstract

Chile ratified the Convention on the Rights of the Child in 1990, in it, the international community recognized that boys, girls and adolescents need special attention and protection. In this sense, the right to be heard, together with the best interests of the child were assimilated by our legal system as one of the formative principles of the procedure; governing the Chilean judiciary. However, with respect to the right of boys, girls and adolescents to be heard, the Convention only provides a general margin, and our national legal system does not delimit the mechanisms through which this right should be exercised. Our empirical study collects data that show whether judges do indeed act to ensure that boys, girls and adolescents are heard, and what mechanisms are used to do so.

Keywords: Family procedure, the right of the child to be heard, procedural forms.

Introducción

Es común escuchar que los niños, niñas y adolescentes son el futuro de la sociedad y sabemos que son lo más importante. Por este motivo, Chile se ha planteado la necesidad de avanzar en la materia, sin embargo, la judicatura especial de familia no ha logrado recoger en su totalidad el espíritu proteccional de los derechos humanos contenidos principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Oír y proteger a los niños son dos caras de la misma moneda. Señores, se ha perdido el norte, mientras se busca protegerlos, se ha elaborado un procedimiento especial cuyas etapas no logran recabar eficazmente sus voces, debido al enfoque adultocentrista del sistema jurídico chileno.

Dicho lo anterior, y con el objeto de tomar de la mano al lector y guiarlo, articulamos este trabajo en tres partes. La primera, tiene como misión exponer y delimitar los conceptos básicos que servirán como asiento para la exploración del derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes. En segundo lugar, se hará un análisis de las causas de Derecho de Familia, en el procedimiento de violencia intrafamiliar, ingresadas entre los años 2018 y 2020 a la Clínica Jurídica de Familia de la Universidad Finis Terrae de Chile. En el capítulo tercero, se analizará el rol del juez de garantizar el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído, colocando especial énfasis en la vulneración del mismo que podría originar un vicio de nulidad en el procedimiento.

Los niños de ahora son la esperanza del mañana. Esta frase que hemos oído en muchas ocasiones, sin duda encierra una verdad, pero ¿dónde queda el ahora? ¿Hay que esperar a que llegue el mañana? ¿Por qué no oír su voz ya?

Capítulo 1. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos

La vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en el transcurso del tiempo, ha conllevado a la creación de múltiples convenciones, tratados y acuerdos, en miras a que los ordenamientos jurídicos a nivel mundial consideren a los NNA como sujetos de especial protección jurídica, reconociendo y garantizando tanto derechos civiles como políticos, destinados a velar por su seguridad, respeto y protección. Lo anterior se ha manifestado especialmente con la dictación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención) el año 1989, la que ha sido ratificada por la gran mayoría de países del mundo, a excepción de Estados Unidos, lo que es dable señalar, pues a pesar de que la infancia es un tema de especial importancia en las sociedades, aún existen países que no se sienten comprometidos a reconocerla ni a garantizar la protección de los derechos que la integran.

Con el fin de otorgar los elementos necesarios para un análisis acabado, es preciso referirse a qué se entiende por niñez. El artículo 1° de la Convención, señala que es niño o niña: *“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 de edad”*. Al respecto, resulta necesario que los ordenamientos jurídicos consideren la diferencia entre las distintas etapas de la niñez y las distintas formas que tienen los NNA de expresar sus opiniones e ideas en razón de su desarrollo y madurez, vale decir, estos elementos no son los mismos en un niño o niña de 5 años que en un adolescente de 16, y si bien es lógico pensar que estos últimos suelen ser más elocuentes a la hora de expresarse, esto en ningún caso significa que posean mayor derecho que los primeros a ser oídos, puesto que los Estados deben buscar herramientas para que todo grupo etario pueda participar y hacer uso de sus derechos, y en el caso, conforme a la etapa de crecimiento de cada niño, teniendo presente su condición de tal.

En razón de los derechos de los NNA, analizaremos dos de los derechos humanos de los NNA, que son recogidos y visibilizados como principios rectores de la Convención: el *interés superior del niño*, y el *derecho del NNA a ser oído*.

a. El interés superior del niño

En materia de derecho internacional, el Interés superior de los NNA es un principio general del derecho, siéndole aplicable el artículo 38 número 3 del

¹ NACIONES UNIDAS. Norma Internacional [en línea]. (20, noviembre, 1989) [consultado el 07, julio, 2022]. Convención sobre los Derechos del Niño-M. Registro Oficial. 22 de septiembre, 1992. no. 31. Disponible en Internet: <<https://www.gob.ec/regulaciones/convencion-derechos-nino-m>>.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual establece que: “*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] 3. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”². Lo anterior se materializa a través de la aplicación en distintos ordenamientos jurídicos, en razón de que este principio es reconocido por la Convención, y, por ende, por los Estados parte, bajo otras denominaciones como “best interests of the child” o “l’intérêt supérieur de l’enfant”.

Este principio fue reconocido internacionalmente por vez primera en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y posteriormente ratificado por la Convención de 1989. Sin embargo, pese a lo masivo de su uso, su concepto no resulta ser del todo claro. La Convención consagra este principio en el artículo 3.1: “*Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo*”³, o sea, solo determina quiénes deben velar por el cumplimiento del interés superior del niño, sin señalar en qué consiste este principio rector ni cuáles son sus elementos. Al respecto, autores como Miguel Cillero – Bruñol, han señalado que “*es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos*”⁴. Sin embargo, no se explica en qué consiste esta satisfacción, por lo que, para salvar esta omisión y establecer parámetros de aplicación, el Comité de la Convención entrega una propuesta que “*proporcionaría orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños*”⁵, cual es, considerar la opinión del NNA sobre las decisiones que pueden afectarle en su integridad o en aspectos referentes a su identidad.

² NACIONES UNIDAS. Estatuto de la corte internacional de justicia. Artículo 38. Ginebra: Corte Internacional de Justicia. (1945) [consultado el 7, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap1.htm>>.

³ NACIONES UNIDAS. Norma Internacional [en línea]. (20, noviembre, 1989) [consultado el 07, julio, 2022]. Convención sobre los Derechos del Niño-M. Registro Oficial. 22, septiembre, 1992. no. 31. Disponible en Internet: <<https://www.gob.ec/regulaciones/convencion-derechos-nino-m>>.

⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En: Derechos de la niñez y la adolescencia antología. Costa Rica: CONAMAJ, 2001. p. 39.

⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Ginebra: Naciones Unidas, 2013. 22 p. Observación general N°14.

Con independencia de lo expuesto por el Comité, el interés superior del niño debe siempre ajustarse al caso concreto, ya que pese a existir parámetros de aplicación, la práctica lleva a que sean las autoridades o los padres de los NNA quienes tomen la decisión final en lo que a la aplicación de este principio respecta. Asimismo, se ha señalado que *“la aplicación del ISN a una situación específica no es algo que se pueda llevar a cabo uniforme y mecánicamente respecto a todos los niños. La determinación del contenido concreto del ISN de cada NNA implica un trabajo de argumentación y colaboración serio de aquellos que intervengan en el proceso, de manera que el sentenciador cuente con todos los insumos que sean pertinentes y adecuados para establecer dicho interés superior y justificar el trato diferenciado que, de ser menester, se llevará a cabo, sin incurrir en arbitrariedades de ningún tipo”*⁶.

En Chile, según la doctrina mayoritaria, la Constitución Política de la República señala que los tratados que versan sobre derechos fundamentales tienen rango constitucional⁷. Por ello, el interés superior del niño al estar contenido en una Convención y a su vez considerarse un derecho humano, un derecho fundamental como tal, tiene incidencia en el procedimiento de los órganos jurisdiccionales. Al respecto, la Carta Fundamental expresa: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*⁸.

El interés superior del niño ha sido un factor sustancial de modificación en el área del derecho procesal chileno, tanto así, que se procedió a la creación de los Tribunales de Familia mediante la Ley N° 19.968, la cual establece procesos breves y simplificados, con miras a proteger los bienes jurídicos esenciales, entre ellos, aquellos inherentes a los NNA. Así, el artículo 16 de la norma indica que: *“El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a*

⁶ CONTRERAS ROJAS, Cristian. Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. En: Revista de Derecho. 2021. vol. 19, no. 2.

⁷ LLANOS, Hugo y RIVEROS, Edgardo. Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile. En: Diario Constitucional. 23, abril, 2021.

⁸ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Decreto 100 [en línea]. (17, septiembre, 2005) [consultado el 10, julio, 2022]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la constitución política de la república de Chile. Diario Oficial. 22, septiembre, 2005. no. 38268. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

*ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento*⁹, es decir, los jueces en el procedimiento deben estar a este derecho tanto en la dictación de la sentencia definitiva, como en las medidas de protección o cautelares que adopten en razón de proteger a los NNA, ya sea durante todo el proceso o incluso después de él.

Lo anterior es reconocido por la Excelentísima Corte Suprema, señalando esta que *“en los juicios sobre materias de familia, el interés superior del niño, niña o adolescente constituye un principio fundamental para adoptar cualquier decisión que afecte su vida. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales de aquellos y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”*¹⁰. Pese a ello, es común que se fallen sentencias definitivas que se alejen del principio de interés superior del niño, pudiendo quedar incluso en estado de indefensión. Otro factor a considerar es la dictación de medidas cautelares o de protección, vale decir, muchas veces los tribunales en el ejercicio de su potestad cautelar pasan por alto el interés superior del niño, perdiendo la comunicación con el mismo y dando pie a la vulneración del segundo principio rector de la Convención mencionado: el derecho a ser oído de los NNA.

b. El derecho del NNA a ser oído

Sobre lo expuesto, cabe preguntarse cómo es que se ha interpretado el derecho de los NNA a ser oídos. El académico y doctor en Derecho Jaime Couso ha señalado que *“La hipótesis referida al «niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio» debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales”*¹¹. A partir de ello, es dable concluir que incluso los NNA que aún no pueden expresarse verbalmente también deben ser oídos, considerando que existen formas no verbales de comunicación y que, con

⁹ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 07, julio, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

¹⁰ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo N° 41014-2019. (30, junio, 2022). Albertz con Argomodo.

¹¹ COUSO SALAS, Jaime. El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. En: Revista de Derechos del Niño. 2006. Núm. 3-4, p. 153.

herramientas adecuadas, es una limitación subsanable. En el mismo sentido, expone Francisco Estrada Vásquez que: *“Es necesario entender este derecho como un proceso complejo, que involucra lenguaje verbal y no verbal, reacciones y tiempos distintos, y un desarrollo cognitivo y emocional no adultista, sino propio de la infancia y adolescencia. No se puede medir con parámetros de racionalidad adulta la capacidad de los niños para expresar su opinión. Este punto es central, pues de otra forma se puede llegar a concluir de forma errónea que sólo quienes puedan expresarse verbalmente y de forma racional (adulta) pueden ser oídos”*¹².

En consecuencia, se desprende que no existe únicamente la obligación de oír a los NNA sino que, además, es de vital importancia el enfoque y la disposición del sujeto que los escucha, sea un juez, un psicólogo o un curador ad litem, y que quien escuche debe tener presente que oír a un NNA, quien cuenta con las aptitudes necesarias para expresar su opinión, sin prejuicios propios del adultocentrismo¹³. Se puede sostener entonces, que existe una presunción de que el NNA es capaz de manifestar su opinión de manera eficiente conforme a su edad, sin esperar que se exprese como un adulto, ya que ello no sería acorde al desarrollo natural de sus capacidades, y bajo todo aspecto vulneraría su interés superior. Por ello, es necesario poner atención en la forma en que ese NNA se comunica, lo que se extiende no sólo al lenguaje verbal, sino también al kinésico. Por ende, para velar por un derecho tan relevante como lo es el derecho del NNA a ser oído, es necesario que los encargados de relacionarse con este posean las competencias y conocimientos adecuados para no caer en los múltiples errores que pueden afectar el debido proceso de una materia tan fundamental como lo son los derechos del NNA.

En sentido contrario, las abogadas Vargas Pavez y Correa Camus, señalan que *“el artículo 12 de la CDN señala que se dará la oportunidad al niño de ser oído, “ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado”. La conjunción “o” que contiene esta norma da la posibilidad a los Estados de optar porque los niños sean escuchados a través de otras personas, razón por la cual se sostiene que para cumplir con el mandato de la CDN bastaría con un sistema de asistencia estatal que se hiciera cargo de recoger y transmitir la opinión del niño”*¹⁴.

¹² ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco. Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. En: Revista de Derecho. 2015. N° 8, p. 169.

¹³ LIEBEL, Manfred. Contrarrestar el adultocentrismo. Sobre niñez, participación política y justicia intergeneracional. En: Revista de Derecho. 2022. vol. 30, no. 58.

¹⁴ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Núm. 17-1, p. 184.

Cierto es que la Convención otorga la posibilidad de que el NNA sea oído a través de un representante, pero cabe cuestionarse hasta qué punto podría este método vulnerar este derecho, pues dicha representación en muchas ocasiones es asumida por un curador, a quien se le dificulta de sobremanera sostener entrevistas personales con el NNA previo a las audiencias, lo cual constatan las autoras Vargas y Correa, señalando: *“Los propios curadores advierten algunas dificultades para desempeñar su función, como por ejemplo, en el acceso a los niños o en algunos aspectos prácticos para desarrollar su labor. Todos los curadores entrevistados manifestaron que tratan de reunirse privadamente (y más de una vez) con los niños que van a representar, sin embargo, relatan que esto no siempre es posible. Ello, porque son los padres o adultos significativos quienes deben facilitar el contacto y muchas veces lo obstaculizan o derechamente lo niegan”*¹⁵. Se debe considerar que, en los juicios en que los NNA pueden verse afectados, es probable que los padres o tutores tengan intereses comprometidos, y que el aplicar el derecho a ser oído por medio de un representante, podría implicar su vulneración, sumado a la dificultad que enfrenta el curador para establecer la relación con el NNA, supeditada a factores como tiempos de visita, disposición de los padres e incluso del curador, pudiendo la intermediación dar origen a un sinnúmero de vicios en la materia. Al respecto Gutiérrez, Vargas y Rocha mencionan la idéntica figura en el sistema colombiano: *“se siguen vulnerando derechos fundamentales, valores y principios orientadores del derecho como es la moralidad, la ética, la protección de derechos en especial, el debido proceso; al darle responsabilidades de defensa pública de intereses, que son del consorte de la parte demandada ausente, a profesionales, cuyo servicio actualmente es remunerado por el demandante y gratuito con las nuevas consideraciones de la Ley 1564 del 2012, pero con un agravante de obligatoriedad, que podría desdibujar el espíritu del legislador e incluso magnificar la corrupción”*¹⁶. En efecto, la Convención permite que el derecho a ser oído sea ejercido a través de un representante, y que dicha representación debe ser efectiva, en cuanto a los derechos del NNA y no las pretensiones de su representante. Un procedimiento que no considere principios rectores puede implicar una grave afectación al debido proceso, tal como exponen Vargas y Correa, respecto al caso en que el entrevistador induce una respuesta al NNA, siendo obligado a modificar su opinión primigenia: *“...Los niños dejan de ser entrevistados y pasan a ser receptores del mensaje del juez, que en su calidad de autoridad los*

¹⁵ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *En*: Revista Ius et Praxis. 2011. Núm. 17-1, p. 193.

¹⁶ GUTIÉRREZ VARGAS, Rosa; VARGAS CORMANE, María y ROCHA OSORIO, Emerson. Curadores ad litem, evolución o retroceso en las reformas procesales de Colombia y el mundo. *En*: Justicia Juris. 2014. vol. 10, no. 2, p. 102.

*orienta (o incluso los reta) respecto de la relación con su padre, madre o familia. Por lo general, a través de ese mensaje se busca que el niño modifique en algo las preferencias o intereses manifestados durante la entrevista*¹⁷.

Por otra parte, la Corte Suprema ha señalado que *“El razonamiento precedente ha llevado a esta Corte a afirmar en forma reiterada que la obligación de oír a los niños durante el desarrollo de los procedimientos que afecten su vida e intereses es un trámite esencial a efectos de lo dispuesto en el número 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil*¹⁸ y, a su vez, el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil indica que: *“El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 9a. En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad*¹⁹. En consecuencia, el derecho a ser oído de los NNA es tan relevante que, de ser vulnerado, la sentencia definitiva dictada en el procedimiento encontrarse incluso en una causal de nulidad, por entender la Excelentísima Corte Suprema que este es un trámite esencial en los procedimientos que afecten a los NNA.

Adicionalmente, la Corte Suprema también ha señalado que: *“Evidentemente, a juicio de esta Corte Suprema, el que el niño haya declarado reservadamente ante el juez de familia, más no haya sido ponderado como un criterio relevante para la decisión en el fallo materia del recurso de casación, equivale a no ser oído, pues eso viene a significar su ausencia de consideración*²⁰. Es decir, no basta con que el NNA declare en el juicio que le concierne, sino que además ello debe ser vinculante a la sentencia al momento de fallar por parte del juzgador. Como puede advertirse, el derecho a ser oído no es un mero formalismo, sino que debe entenderse como lo que es: uno de los principios rectores del ordenamiento, emanado tanto de derechos fundamentales que son propios de la naturaleza del NNA, como de tratados internacionales ratificados por Chile.

En efecto, el correcto ejercicio del derecho del NNA a ser oído exige la implementación armónica de una serie de aristas, entre ellas, el lugar en el que se realiza el acto de oírlo. Ello encuentra sustento en la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, señalando en su artículo 69 inciso segundo: *“Para este efecto [la comparecencia de un NNA en juicio] podrá escucharlos [...], en un*

¹⁷ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Núm. 17-1, p. 189.

¹⁸ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo causa N° 21293-2019. (26, mayo, 2020). Valenzuela Mena Jeannette con Rojas Gajardo Daniel.

¹⁹ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley N°1552. (28, agosto, 1902). Código de procedimiento civil. Diario oficial. 30, agosto, 1902.

²⁰ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo causa N° 31427-2018. (6, noviembre, 2019). Henríquez Delgado Valeria Betzabet con Agüero Haro Roberto carlos.

*ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica*²¹. Para que el NNA brinde un testimonio fidedigno, es necesario que se encuentre en un entorno que lo incite a hacerlo con seguridad, lo cual puede ser en el tribunal, en el hogar del niño, en la casa de algún familiar o incluso en su colegio. En el caso del tribunal, es necesario adaptar los espacios con el fin de garantizar las necesidades de quien es oído, generando un espacio de confianza, con menor grado de solemnidad y ausencia de hostilidad. Así, se ha señalado que: *“La disposición de los muebles en la corte puede cambiarse de vez en cuando para alentar niños y jóvenes y sus padres, tutores o cuidadores a participar en los procedimientos. Es fundamental que los magistrados se comuniquen directamente con los niños y sus padres, tutores o cuidadores y esto se puede lograr de manera más efectiva en una atmósfera menos formal”*²².

El Poder Judicial del sistema chileno ha tenido avances significativos en garantizar el derecho del NNA a ser oído, implementando sistemas de reconocimiento internacional, como las *salas Gesell* que disponen los tribunales. Se trata de dos salas, una en la cual se observa a la persona oída y otra en la que se realiza la entrevista, en complemento con un sistema de grabación para recabar la información con precisión, evitando así someter al entrevistado a múltiples testimonios que puedan significar una revictimización. Este sistema tiene múltiples ventajas: *“Primero, para evitar la impericia de los jueces, manteniendo a estos en un segundo plano, mientras que un experto se encargaría, guiado por el juez, de tomar la declaración. En segundo término, se trataría de recibir a los niños en un lugar acogedor, partiendo de la base que un tribunal de justicia es per se un lugar hostil para un niño [...]”*²³. No obstante, pese a las virtudes de las salas Gesell, existe un problema de fondo en su implementación, pues su utilización en sede de familia es considerablemente menor a lo esperado, debido a múltiples factores, que van desde la falta de financiamiento que afecta a los tribunales de familia, hasta la falta de capacitación a jueces y auxiliares de justicia para su uso adecuado. Al respecto, exponen Oyanedel y Ortuzar: *“la sola infraestructura, o sistema de entrevista video grabada dirigida por un profesional especializado, no es garantía para disminuir y prevenir la victimización secundaria si ello no*

²¹ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 10, julio, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

²² GREAT BRITAIN. HOME OFFICE.; GREAT BRITAIN. LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT. Youth court 2001 : the changing culture of the youth court: good practice guide. Great Britain: Home Office Communication Directorate, 2001. 16 p.

²³ CARRETTA MUÑOZ, Francesco. Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena. *En*: Revista CES Derecho. 2018. vol. 9, Núm. 1, p. 125.

*va acompañado de un trabajo con protocolos de actuación conjunta para el abordaje multidisciplinario entre las institución u organizaciones públicas y/o privadas intervinientes*²⁴.

En cuanto a la edad de los NNA para ejercer su derecho a ser oídos, es relevante citar a las abogadas Vargas y Correa, quienes concluyen que *“Si bien no hay rangos ni edades prefijadas, se advierte que los niños pequeños (menores de 5 años) son rara vez oídos en juicio. La escucha se sitúa desde los 6 ó 7 años en adelante y, a juzgar por los audios, con una fuerte presencia de niños de entre 10 a 14 años”*²⁵. En consecuencia, ni la legislación chilena ni la Convención han impuesto una edad mínima para que los NNA puedan ejercer su derecho a ser oídos; sin embargo, en la práctica los jueces tienden a oír a los NNA que tienen una edad mayor, aun cuando ello no se relaciona necesariamente con la madurez del niño, bajo el entendido que este último criterio es el que se debe utilizar. Así, tal como señala la Observación General del Derecho del Niño a ser Escuchado, *“la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño”*²⁶.

Capítulo II. Análisis empírico de casos

Del capítulo anterior, se desprende un resumen de diversas normas referidas al derecho de los NNA a ser oídos, junto con indicaciones históricas y opiniones emitidas por importantes autores en la materia, siendo ello base argumentativa del presente trabajo. Cabe recalcar que este principio también es abordado en la legislación chilena, ello en los artículos 16, 69 y 72 de la Ley N° 19.968 y en el artículo 28 de la Ley N° 21.430, siendo por ello consagrado como uno de los principios formativos del procedimiento de familia. En razón de dicho derecho, al momento de fallar, el juez debe tener en consideración tanto el interés superior del niño, como sus opiniones. Por lo mismo, resulta indispensable analizar cuán efectiva es su aplicación en los procedimientos de familia.

Para abordar lo expuesto con mayor profundidad, en el presente acápite se desarrollará un análisis crítico sobre la aplicación del derecho de los NNA a ser oídos en nuestra judicatura. Lo anterior se realizará mediante el análisis de datos

²⁴ OYANEDEL, Juan y ORTÚZAR, Harry. Sistematización de una experiencia piloto de implementación de una Sala Gesell para la entrevista de niños en un Tribunal de Familia. En: Revista chilena de pediatría. 2018. vol. 89, no. 6.

²⁵ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Vol XVII no.1, p. 195.

²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: Naciones Unidas, 2009. 33 p. Observación general n° 12.

de un estudio empírico y jurisprudencial de la niñez, abordando 461 causas obtenidas por medio de la Clínica Jurídica Civil de Familia de la Universidad Finis Terrae y a múltiples variables objeto de este análisis, con el fin de corroborar si efectivamente se resguarda tal derecho.

1. Factores de violencia intrafamiliar que inciden en los derechos de NNA

En base a los distintos datos analizados de las causas de violencia intrafamiliar (en adelante, VIF) recibidas, se mencionan algunos factores relevantes que permiten conocer el contexto que da origen a las causas de VIF, con especial énfasis en las variables que inciden en la vulneración del derecho de los NNA a ser oídos.

1.1. Tipo de violencia ejercida: Del total de causas analizadas, un 79,3% ingresaron por ejercicio de violencia psicológica, un 9,8% lo hizo por lesiones tanto físicas como psicológicas y un 1,9% solo por violencia física. En efecto, el tipo de violencia que sufren en mayor medida los NNA en calidad de víctimas es la violencia psicológica. A este respecto, se debe considerar que desde el año 1994 existe un aumento sostenido de violencia psicológica ejercida sobre los NNA: *“En un estudio de la UNICEF sobre maltrato se indica que el 75,3% de los niños chilenos recibe algún tipo de violencia de parte de sus padres: física grave, física leve o psicológica. Se comparó la evolución de la violencia con estudios realizados en los años 1994 y 2000, verificándose que hay un aumento sostenido de la violencia psicológica y un descenso de la violencia física grave, sobre todo en los estratos socioeconómicos bajos. Esto se podría explicar porque los padres han tendido a controlar el maltrato físico, que tiene una fuerte sanción social, pero esto no se ha traducido en un buen trato. Se ha cambiado la violencia física grave por los insultos y las descalificaciones”*²⁷. En este sentido, es dable distinguir los efectos y la magnitud tanto de la violencia psicológica como la física, considerando que los NNA no cuentan con la madurez y resiliencia suficiente para enfrentar episodios de violencia; lo que implica que puedan verse afectados o expuestos a un daño irreparable, produciendo graves consecuencias en la integridad física o psicológica de los NNA.

1.2. Comisión de delitos de violencia intrafamiliar en el contexto de problemáticas y abusos dentro del hogar. El 30% de las causas analizadas sobre delitos de agresión se llevan a efecto en horario de tarde, entre las 12:00 y las 19:59 horas; un 84,3% de estas trata sobre agresiones en el domicilio de los menores y un 46,3% de los casos, el denunciante resulta ser empleado de hogar. De ello es factible

²⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. El sistema filiativo chileno. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2007. 371 p.

colegir dos elementos comunes: la mayoría de estos delitos son cometidos por sus tutores y, en gran medida, estos abusos ocurren dentro del hogar.

1.3. Relación Directa y Regular. De los 115 casos analizados, solo en 3 de ellos se resolvió que debía mantenerse una relación directa y regular, mientras que en los otros 112 no se arribó a tal determinación, vulnerando con ello el artículo 225 del Código Civil. En estos casos el constituyente mandata al legislador a fortalecer la familia y protegerla, señalando que: *“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia”*²⁸. Además, estructura el ordenamiento jurídico en razón de dicho objetivo, sin embargo, el sentenciador hace caso omiso de ello y muchas veces no ha actuado ni decidido en la forma que la ley le mandata.

Los factores ya mencionados son suficientes para inferir que el derecho del NNA a ser oído puede verse afectado por el solo contexto familiar y afectivo que rodea a los menores, siendo la existencia de estos vínculos un eventual impedimento psicológico para que estos otorguen un testimonio fidedigno del caso. Por ello, estos elementos resultan vitales, dado que muchas veces dan lugar al fenómeno de victimización secundaria, la cual, según Beristain, *“hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe la víctima una vez entra en contacto con el sistema de justicia”*²⁹. Al respecto, se debe tener presente que este tipo de victimización produce que los NNA se vean parcial o totalmente impedidos para enfrentarse a la justicia desde su propio relato, ya que esto implica revivir experiencias traumáticas en razón de los delitos de los cuales fueron víctimas, llegando a obtener efectos contraproducentes: *“Así mismo, se entiende como una segunda experiencia victimal que resulta con alguna frecuencia siendo más negativa que la primaria, y puede llevar a incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial”*³⁰. Todas estas variables dificultan la labor del sistema de justicia en cuanto a garantizar efectivamente el derecho de los NNA a ser oídos.

²⁸ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Decreto 100 [en línea]. (17, septiembre, 2005) [consultado el 22, julio, 2022]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la constitución política de la república de Chile. Diario Oficial. 22, septiembre, 2005. no. 38268. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

²⁹ BERINSTAIN. Citado por: GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Carlos. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. En: Revista de Derecho. 2009. vol. 15, no. 1.

³⁰ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Carlos Andrés. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. En: Revista de derecho [en línea]. 2009. vol. 15, no. 1 [consultado el 15, julio, 2022]. Disponible en Internet: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006>.

Después de plantear el complejo contexto en que se desenvuelven los procedimientos de familia que incluyen a NNA, es dable tener en cuenta otras interrogantes ¿Cuál es la aplicación y efectividad de este derecho en los tribunales de familia respecto del universo de causas analizadas? ¿Cómo se aplica en la práctica? ¿Los jueces cumplen adecuadamente con este mandato de la Convención?

2. Análisis de causas en general

Para dar continuidad a la argumentación expuesta en párrafos anteriores, es preciso analizar algunas causas en particular. En estas se decretan medidas de protección en favor de NNA que apuntan a concretar el derecho a ser oído, pero con la contradicción de no visualizarse claramente el criterio que utilizó el juez de familia para decidir qué mecanismos utilizar al recoger la voz del niño cuyos derechos pueden haberse vulnerado.

En primera instancia podría concluirse que las sentencias emitidas por el juez son pertinentes, sin embargo, del presente análisis no se vislumbra con claridad en qué momento se escuchó a los NNA para la adopción de medidas de protección. ¿Quién debió escucharlos? ¿Con o sin presencia de sus padres, representantes o curadores ad litem? ¿Qué acciones tomó en definitiva el juez para cumplir adecuadamente con el mandato del ya mencionado art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño? Estas interrogantes han sido resueltas con un análisis casuístico, que permite apreciar una ausencia del derecho de los NNA a ser oídos, vale decir, muy pocas de las causas analizadas siquiera mencionan lo que los NNA quisieron decir o expresar: del universo de casos analizados, solo en 2 de ellos se visualizan mecanismos que dan cumplimiento al mandato de la convención respecto del derecho de los NNA a ser oídos de manera directa, lo cual se concretó por medio de citación a audiencias reservadas. Lo expuesto implica problemáticas respecto al cumplimiento del artículo 12 de la convención, al este respecto exponen Vargas y Correa *“El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, consagrado en el artículo 12 de la CDN, es uno de los pilares fundamentales donde se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos. Constituye, por una parte, una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura”*³¹.

³¹ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Ius et Praxis. 2011. vol. XVII, no. 1, p. 177.

3. Análisis de causas en particular

A continuación, se ofrece un análisis crítico de 19 causas, que corresponden al 4,12% del total de causas ingresadas a la Clínica Jurídica de Familia de la Universidad Finis Terrae:

Respecto de las variables encontradas en estos casos, se puede visualizar que las edades fluctúan entre 1 y 15 años de edad, abordándose 2 causas de recién nacidos víctimas de violencia física en un caso, y siendo víctima de intoxicación por adicción a las drogas por parte de la madre en el otro. A su vez, se identifica en esta muestra de 19 causas, un número mayor de casos por protección a niños en edad de preadolescencia y adolescencia, en los tramos de 10, 11, 12, 14 y 15 años de edad, respectivamente.

Entre las distintas situaciones que dieron origen a la solicitud de medidas de protección en favor de los NNA, encontramos: consumo de drogas, abuso sexual, violencia física y psicológica, malos tratos, agresión por parte del rol materno y paterno, VIF entre padres y negligencia por falta de habilidades parentales; todas situaciones que configuran fuertes vulneraciones a los derechos de NNA. Cabe señalar, que todos estos procedimientos comienzan mediante distintos tipos de tramitación: partes policiales, denuncias por parte del colegio del NNA, informe descriptivo psicológico del colegio, solicitud de medidas de protección ante tribunales y solicitud de medidas de protección ante oficinas de derechos de la infancia o centros de protección infanto juvenil.

Además, del análisis de las causas mencionadas se pudo dilucidar que la figura del curador ad litem operó como mecanismo principal para escuchar a los NNA. Respecto de este mecanismo, la crítica radica en que el sistema no exige como requisito esencial que el curador ad litem tenga contacto previo con el niño antes de la audiencia preparatoria o la audiencia de juicio, por lo que se infiere que dada la escasez de recursos propia del sistema, en muy pocas causas se practica el oír al NNA directamente, reuniéndose con él privada y anticipadamente, para luego representar sus intereses. Por tanto, al existir tales dificultades en el desempeño de esta función, se entiende que no se puede representar la voz de los NNA como mandata el espíritu de la Convención.

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la innovación hecha por la nueva ley 21.430, no entrega lineamientos concretos sobre cómo ejecutar la designación de los curadores ad litem, existiendo un amplio margen de acción para otorgar a los NNA la oportunidad de participación en el proceso.

De igual manera, como sostiene Vargas y Correa³², *“esta figura creada por la Ley N° 19.968 opera -aunque con bajísima incidencia- como mecanismo de recupe-*

³² VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Vol XVII no.1, pp. 192-193.

ración de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derechos, la cual tiene interesante potencial que parece estar desaprovechado por problemas institucionales". Al respecto, en el universo de causas analizadas, solo en dos de ellas el juez consideró necesario citar a audiencia reservada. En el primer caso, se recurre a la audiencia reservada con un niño de 14 años que vive en situación de malos tratos, no quedando claro ni constando en acta el criterio que el juez utilizó para optar por este mecanismo. Sin embargo, ya que se escuchó al niño en forma directa, la sentencia entrega su cuidado personal provisorio a su abuela materna por seis meses, dado que él exterioriza que ella es su figura de apego.

El segundo caso en que se cita a una audiencia reservada, corresponde a una causa de protección de una niña de 14 años, quien había ingerido junto a su madre una cantidad indeterminada de medicamentos. Sin embargo, en la audiencia no se escuchó a la niña personalmente ya que ella se encontraba hospitalizada. Otro factor a considerar respecto de esta causa es que se solicita ingresar al DAM de la Florida para evaluación diagnóstica de las condiciones de protección de la niña, sin embargo, no se pudo constar en autos con dicho medio probatorio debido a la altísima demanda de evaluaciones desde los tribunales de familia y fiscalías de todo el país, al respecto el mismo DAM de la Florida señaló en su informe que ello no se condice con la capacidad de atención del programa DAM. Esta situación da a entender un problema de recursos que afecta directamente el derecho de los NNA a ser efectivamente oídos. Por este motivo, el tribunal resuelve estarse a lo que informará el DAM en su oportunidad, postergando la audiencia programada.

En base a lo señalado, es necesario hacer presente que en este análisis no se tuvo acceso a las grabaciones de audiencias reservadas, por lo que no fue posible determinar el tenor de los diálogos entablados con los NNA. Sin perjuicio de ello, un elemento relevante exponen las abogadas Correa y Vargas³³, señalando que el tenor de las conversaciones que los jueces sostienen con NNA en audiencias reservadas obedece más bien a interrogatorios o preguntas conducentes y sugestivas, que a un diálogo que recoja sus opiniones e intereses, transformándose el NNA en un mero receptor del mensaje del juez.

Con todo, la crítica apunta a la falta de control que existe en la judicatura, en ella se configuran distintas variables que impiden que se pueda saber con certeza si la entrevista al niño constituye una forma fidedigna de ser escuchado; esto dado por el deber de resguardar la intimidad de los niños mediante el principio de confidencialidad propio del derecho de familia, que no permite constatar con evidencias que efectivamente se le haya dado el espacio necesario para ser escuchados en audiencia reservada.

³³ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Vol XVII no.1, pp. 188 - 189.

A propósito del presente análisis, cabe señalar que una audiencia reservada se entiende como *“la actuación procesal que tiene un objetivo acotado y, que por lo general, está vinculada a otras actuaciones predefinidas por la ley. Normalmente, se efectúa por una sola vez en forma aislada y no habilita al niño a realizar ningún tipo de gestión en el proceso, como por ejemplo, presentar pruebas, impugnar resoluciones, solicitar cautelares, etc”*³⁴. En resumen, la audiencia reservada se trata de una entrevista personal que realiza el juez al NNA para que este sea oído y su marco normativo se encuentra en el art. 69 de la Ley 19.969, en concordancia con los arts. 72 y 73; los cuales establecen que el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los NNA, considerando su edad y madurez. En este sentido, la crítica apunta al tratamiento que se le da esta norma; la que se enmarca en el título de procedimientos especiales de la ley 19.968, lo cual significa que se establece una limitación en la aplicación de este mecanismo, ya que no mandata su aplicación de manera general sino a aquellos procedimientos que se refieran a medidas de protección. Además, del tenor literal de la norma se infiere que se trata de una facultad del juez más que una imposición para el magistrado, al usar el término “podrá”.

De los elementos expuestos, se evidencia que se vulnera el derecho a ser oído del NNA, dado que no se da cuenta de la opinión emitida por estos en las causas analizadas, no se desprende de las mismas una preocupación vinculante con este derecho por parte del tribunal y no se visualiza tampoco que haya un procedimiento específico que aborde a cabalidad este derecho; vale decir, si bien el artículo 69 de la Ley 19.968 establece que el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los NNA, no se especifica que tal escucha sea parte de la esencia de los procedimientos de familia, menos en aquellos en que NNA estén involucrados. Este elemento, como bien es factible inferir de lo expuesto en este acápite, podría arribar a considerar que existe un vicio de nulidad de tal magnitud que es susceptible de recurso de casación en la forma.

Capítulo III. El rol del juez de garantizar el derecho del NNA a ser oído

1. La vulneración del derecho de los nna a ser oídos como un vicio de nulidad en el procedimiento

El ordenamiento jurídico chileno reconoce como obligación del juez el considerar el principio del derecho a ser oído de los NNA para la resolución de asuntos controvertidos, en razón del principio rector del interés superior

³⁴ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Vol XVII no.1.

del niño, y en concordancia, por supuesto, con garantizar su derecho a defensa jurídica. Si bien el artículo 69 de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia, reconoce la audiencia reservada del NNA como una instancia procesal para oír al menor, al señalar que *“Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”*³⁵. No obstante, bajo el tenor literal de la norma, esta es considerada expresamente como una facultad del juez y no como una obligación, por tanto, la audiencia reservada no sería en estricto rigor considerada como un trámite esencial del procedimiento, sino que más bien se trata de una facultad de carácter discrecional del juez, se debe considerar además que *“tanto desde el nivel central estatal como por parte de cada juez particular se deben tomar las previsiones para que en todos los procesos judiciales y en cada fase de ellos se atienda a las necesidades de los NNA y se propenda a su satisfacción”*³⁶.

Sumado a lo anterior, si bien se considera que esta facultad debe ser ejercida por el juez en razón de los criterios de edad y madurez del NNA, el sistema carece de claridad respecto del concepto legal de estos factores, quedando más bien a criterio del juez el hecho de dar o no lugar a la instancia procesal en que los NNA son oídos. A este respecto, la jurisprudencia deja en evidencia que uno de los parámetros utilizados para determinar, en razón de la edad o madurez de los NNA, que se lleve a cabo la audiencia reservada, es el límite de los 4 años de edad: así, la mayoría de los casos en que se decreta el desarrollo de estas audiencias, es respecto de NNA que tienen 4 o más años de edad aún cuando es sabido que no implica plena objetividad en cuanto a la madurez de una persona.

Respecto a este tema, en el marco de la presente investigación se ha analizado una serie de causas en las que, por el hecho de no haber existido esta audiencia reservada, es posible inferir que las sentencias definitivas dictadas en estos procesos se encuentran expuestas a un vicio de nulidad formal, siendo susceptibles de recurso de casación en la forma. Sin embargo, tal como se expuso en el párrafo anterior, nuestro ordenamiento jurídico trata este derecho en términos facultativos para el juez, dejando a su criterio cuándo y cómo deben los NNA ser oídos. Ello abre la puerta a la interpretación del juez, de conformidad con

³⁵ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 25, julio, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

³⁶ CONTRERAS ROJAS, Cristian. Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. En: Revista de Derecho. 2021. vol. 19, no. 2.

el tenor literal de la ley, y con ello, que la ausencia de audiencia reservada no constituye un vicio de nulidad del procedimiento.

Es un hecho que no ha encontrado consenso en la doctrina, el cómo aplicar este imperativo jurídico en la práctica, ya que al ser un principio implícito es de difícil concreción, viéndose dificultado el darle operatividad concreta. A este respecto, existen dos grandes visiones doctrinarias: aquellos que han señalado que esta audiencia se consideraría como un trámite esencial desde el punto de vista procesal, configurándose por ello un vicio de nulidad (doctrina mayoritaria, a la que adhiere también la Corte Suprema); y otros, quienes postulan que, según el tenor literal de la ley, no sería procesalmente exigible que esta audiencia se lleve a cabo, utilizando argumentos tales como la victimización secundaria.

Como se señaló, la Excelentísima Corte Suprema ha sostenido en numerosas sentencias, el hecho de que el NNA no sea oído por un tribunal, es de una gravedad tal que ello podría producir la nulidad de la sentencia dictada por dicho tribunal. Ello, bajo el entendido que dicha escucha constituye un trámite esencial del procedimiento, como prueba fehaciente, la Corte Suprema en su sentencia rol 12057/2013, señaló: *“Que el deber de otorgar al menor la posibilidad u oportunidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió salvar la Corte de Apelaciones de Arica, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil”*³⁷. En igual sentido, la sentencia rol n°35252/2016 de la Corte Suprema expone: *“Se añade, que a tal fin, se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Que dicha disposición, no sólo está debidamente incorporada a nuestro derecho interno, sino que además, por tratarse de disposiciones que consagran derechos que la Constitución Política de la República reconoce como esenciales, imponen a los órganos del Estado, entre ellos, los pertenecientes al poder judicial, el deber de respetarlos y promoverlos. Tal mandato, por tanto, obliga a la adopción de las instancias procesales que los garanticen”*³⁸. En consideración con esto último, se puede sostener que los tribunales de justicia se encuentran en la obligación de oír a los NNA, vale decir, la facultad reside en la modalidad de escucha y no en el derecho a ser oído, dado que de ser así se verían conculcados sus derechos, incluyendo el principio rector de interés superior del niño, debiendo cumplirse este por mandato expreso.

³⁷ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo de oficio N°12057-2013 (26, febrero, 2014). P.A.H.Á CON L.E.R.A.

³⁸ CHILE. CORTE SUPREMA. Invalidación de oficio N°35.252-16 (4, octubre, 2016) M.P.A.A.D con A.E.A.F Y M.G.D.R.

En la posición contraria se encuentra el autor Francesco Carretta: “[...] no hay ninguna ley de fondo en el ordenamiento jurídico chileno, incluida la CDN, que obligue al juez a escuchar en todo caso a un niño o se trate de un trámite “que la propia ley declara como esencial o para cuya omisión la ley prevenga expresamente nulidad”. Es una facultad y no podría no serlo [...]”³⁹. Además, y en consonancia con lo anterior, el mismo autor sostiene que “En términos simples, a la Corte Suprema no le está permitido la valoración de los hechos de la causa, lo justo o lo injusto. Su función es la fiscalización de la atenta aplicación de la ley por parte de los jueces [...]”⁴⁰.

No basta con que únicamente los tribunales oigan a los NNA sino que, una vez realizada la escucha, se debe tener en especial consideración la opinión expresada por estos al momento de dictar la sentencia. Ello no podría ser de otra manera, ya que la sentencia que se dictará será determinante acerca del curso que va a tomar su vida. De esta manera, la Corte Suprema ha señalado: “*Que, desde esta perspectiva, constituye también un principio primordial, el derecho del niño a ser oído, conforme al cual, todo niño, niña o adolescente tiene derecho a expresar sus opiniones en los diferentes ámbitos de su vida, entre ellos el familiar, social y judicial. Si bien la obligación de oír al niño no es equiparable con la de aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante a analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que, en definitiva, se adopte sea la más favorable a su respecto*”⁴¹. Así, el profesor Cristian Contreras señala que: “*En suma, aparece perfectamente como justificado y exigible la aplicación diferenciada de los elementos del debido proceso tratándose de NNA, pues se ha reconocido expresamente a nivel internacional que este grupo etario requiere una especial protección dentro de los procesos judiciales*”⁴².

³⁹ CARRETTA MUÑOZ, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. En: Revista chilena de derecho [en línea]. 2018. vol. 45, no. 2 [consultado el 28, julio, 2022]. Disponible en Internet: <https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372018000200407&script=sci_arttext>.

⁴⁰ CARRETTA MUÑOZ, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. En: Revista chilena de derecho [en línea]. 2018. vol. 45, no. 2 [consultado el 28, julio, 2022]. Disponible en Internet: <https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372018000200407&script=sci_arttext>.

⁴¹ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo N°3.469-08 (29, julio, 2008) V.A.H.M. con V.S.H.

⁴² CONTRERAS ROJAS, Cristian. Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. En: Revista de Derecho. 2021. vol. 19, no. 2.

Más allá de si la audiencia reservada del NNA es considerada o no como un trámite esencial para efectos de garantizar el derecho del NNA a ser oído, es indiscutible que la existencia de esta audiencia en el derecho procesal se condice con los principios rectores de los derechos de los NNA, con la garantía del derecho a la defensa jurídica, y especialmente, con la calidad del NNA como sujeto de derecho en el proceso, pero aún así estos mecanismos siguen siendo insuficientes para garantizar tal derecho. En este sentido, es indispensable destacar el rol del abogado defensor del NNA en cuanto a garantizar el derecho a ser oído del NNA, en razón de su capacidad de actuación jurídica para entablar solicitudes dirigidas a su efectivo cumplimiento, y, que en caso contrario, podría incluso ser capaz anular el proceso a través de la interposición del recurso de casación, acciones procesales que deben ser analizadas con especial criterio y acuciosidad, siempre en razón de dar una efectiva defensa jurídica al NNA. Es por ello que se considera necesaria la especialización técnica de los abogados en esta materia, ello con el fin de que puedan complementar sus conocimientos y habilidades, en razón de realizar una correcta valoración crítica de todos los elementos subjetivos y, de esta manera, tomar decisiones acertadas y vinculantes a garantizar el derecho a ser oído de los NNA.

En consecuencia, es dable cuestionar cómo se ha garantizado en la práctica el rol de los NNA en calidad de sujetos procesales, y su forma de participación en el procedimiento. Es decir, si consideramos que el NNA es parte en la causa, entonces no se podría concebir que la parte no sea oída, y bajo este razonamiento, es un hecho que no existe una noción clara y uniforme de la estructura del mandato jurídico sobre el derecho del NNA a ser oído en calidad de sujeto de derecho procesal. Tal como ha señalado el académico Carlos Garrido Chacana⁴³, si bien el NNA es considerado parte en el proceso, este recibe un trato especial en materia procesal, al tratarse de un ser con sus facultades en desarrollo, y, por tanto, aun cuando adquiera de manera paulatina la capacidad plena de sus derechos, es indiscutible que sea cual sea la calidad especial de esta, por ningún motivo podrá dejar de ser oída.

2. La ley 21.430 Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia

Sumado a lo ya expuesto en el presente informe, resulta menester analizar el problema que quedó manifiesto en el capítulo anterior: la mayoría de causas analizadas logran evidenciar que los NNA no suelen ser oídos, centrándose la

⁴³ GARRIDO CHACANA, Carlos. Temas de protección del niño, niña o adolescente. Santiago: Metropolitana, 2022. 319 p.

jurisprudencia en otros elementos de la causa y sentenciando de acuerdo con los criterios de sana crítica y libre convicción. Es en este contexto que surge la ley 21.430, buscando consagrar el derecho del niño a ser oído y estableciendo esto como un principio rector del ordenamiento jurídico el interés superior del niño.

Al respecto, si bien se evidencia que la ley es clara respecto al interés superior de los NNA estableciendo en su artículo séptimo lo siguiente *“Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deba tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado”*⁴⁴ no ocurre lo mismo en el caso del derecho de los NNA a ser oídos: si bien el artículo 28⁴⁵ “consagra” el derecho de los NNA a ser oídos, resulta ser idéntico en su intención al artículo 69 de la ley 19.968 sobre tribunales de familia⁴⁶, vale decir, ambas establecen que el niño debe ser oído; en el primer caso, en todo procedimiento en que intervenga el estado e incluso en ámbitos ajenos a la administración pública y en el segundo caso en el procedimiento de familia. Ninguna de estas leyes apunta al elemento crucial propuesto con anterioridad en el presente trabajo: vincular el derecho a ser oído no como “declaración de intenciones” o “garantía procesal”, sino más bien como trámite esencial del procedimiento, esto es, solo bajo el evento de asumir que la norma y el tribunal establecerán un procedimiento práctico y específico en esta materia, abordando el “cómo” y “cuándo” del ejercicio de este derecho, se podrá tener cubierto a cabalidad el derecho a ser oído de los NNA.

“Así, en el artículo 16 de la ley de tribunales de familia se anuncia como un principio rector que el juez debe tener como consideración principal para

⁴⁴ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 1, agosto, 2022]. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.

⁴⁵ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 1, agosto, 2022]. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.

⁴⁶ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 1, agosto, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

*resolver un asunto. La dificultad que ofrece la norma se encuentra en el amplio espectro de posibilidades de interpretación y aplicación que ofrece como un principio jurídico*⁴⁷.

A este respecto, si bien las causas analizadas son anteriores a la entrada en vigencia de la mencionada ley, las primeras desde el 2020 hacía atrás y la segunda dictada el 15 marzo del año en curso; es posible vislumbrar, de la expresión misma del articulado de la ley, que esta resulta ser una declaración de un mandato de efectividad por parte del Estado, antes que un elemento vinculante al derecho procesal; a mayor abundamiento, la garantía procesal que la ley mencionada ofrece es la asistencia del abogado del niño en los casos del artículo 18 de la Ley 19.968⁴⁸, mas no desarrolla una modificación vinculante ni en aras a que tal trámite resulte esencial.

3. El sistema chileno en perspectiva internacional

Si bien la Ley N° 21.430 aborda el tema de los derechos del niño y resuelve parcialmente el problema, resulta necesario exponer los elementos distintivos de Chile con relación a otros países en materia de derechos de los NNA. Al respecto, la mejor forma de abordarlo es revisar la normativa correspondiente a cada país y qué importancia tiene en cada ordenamiento; en este sentido y de acuerdo con la CEPAL, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N°21.430, nuestro país no tenía normativa alguna que abordara tal problemática⁴⁹. Además, en términos de importancia normativa, existen diferentes países que abordan este tema por medio del sistema de codificación de sus normas, teniendo por ello un mayor énfasis normativo respecto de los derechos de los NNA y reconociéndose mayor compromiso de estos estados en materia de derechos del niño; al respecto, se debe considerar las ventajas que conlleva la codificación de normas en términos de apreciación de las mismas, algunos elementos los otorga Manuel de la Puente

⁴⁷ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 1, agosto, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

⁴⁸ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 1, agosto, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

⁴⁹ INSTITUCIONALIDAD SOCIAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. América Latina y el Caribe (33 países): principal instrumento nacional para la protección de los derechos de la infancia y adolescencia. Santiago: Naciones Unidas, 2021. Informe CEPAL.

y Lavallo: a) El favorecimiento de la unidad política; b) Provoca la renovación de los cimientos jurídicos; c) Contribuye a la estabilidad del Derecho; d) Facilita el conocimiento y aplicación de las normas; e) Permite elaborar los principios generales que han de servir de base para adaptar el derecho a la vida⁵⁰.

Conclusiones

Del análisis de los elementos expuestos en el marco de la presente investigación, es factible concluir que, si bien el actual sistema judicial chileno a través de sus tribunales de familia da un tratamiento especial a la protección de los intereses del NNA, abordando la comparecencia de los NNA en sus procedimientos en razón del derecho de los NNA a ser oídos, materialmente resulta ser más una declaración de principios que el establecimiento concreto y efectivo de este derecho. No ha sido efectiva la forma de salvaguardar los derechos ya mencionados respecto de los NNA, y en especial, queda en evidencia que se ha garantizado de forma insatisfactoria el derecho de los NNA a ser oídos en el derecho procesal, remitiéndose inclusive únicamente a instancias procesales y mecanismos que, como sabemos, no constituyen plena garantía de este derecho. A su vez, el ordenamiento jurídico chileno no ha apuntado a la codificación de las normas que refieren a la infancia y sus derechos, elementos que permite inferir que, a pesar de todo aquello expuesto como satisfactorio para los NNA, el país se encuentra al debe en lo que a infancia se refiere. Vale decir, si bien el artículo 69 de la Ley N° 19.968 establece que el juez cuenta con la facultad de escuchar al NNA; y a su vez, el artículo 28 de la Ley N° 21.430 intenta consagrarlo como una garantía, en ambos casos, tal garantía se encuentra más bien acotada al criterio del juez⁵¹. Como bien es factible desprender de los antecedentes expuestos en el presente análisis, en la práctica dicha facultad discrecional ha ido en detrimento del derecho del NNA a ser oído, compareciendo el NNA solamente en 2 causas de un universo de 461 analizadas, equivalentes a un 0,43% de los casos. A su vez, nuestro ordenamiento jurídico ha abordado esta materia por medio de leyes y normas dispersas, ello en contraste con otros ordenamientos que, como se ha mencionado en el presente trabajo, han optado por crear un código de infancias, ofreciendo por ello un compromiso distinto con los derechos de los NNA. Elementos todos que, analizados como un conjunto, dan cuenta de una

⁵⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La codificación. En: Revista de Derecho. 1994. no. 30.

⁵¹ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 6, agosto, 2022]. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.

evidente falencia respecto de los mecanismos que recogen las voces de los NNA en el sistema judicial chileno; demostrando a su vez una falta de homogeneidad en el criterio jurisprudencial para poner en práctica este mandato.

Bibliografía

- BERINSTAIN. Citado por: GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Carlos. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. En: Revista de Derecho. 2009. vol. 15, no. 1.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco. Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena. En: Revista CES Derecho. 2018. vol. 9, Núm. 1, p. 125.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En: Derechos de la niñez y la adolescencia antología. Costa Rica: CONAMAJ, 2001. p. 39.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo causa N° 31427-2018. (6, noviembre, 2019). Henríquez Delgado Valeria Betzabet con Agüero Haro Roberto Carlos.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo causa N° 21293-2019. (26, mayo, 2020). Valenzuela Mena Jeannette con Rojas Gajardo Daniel.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo N° 41014-2019. (30, junio, 2022). Albertz con Argomedo.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo de oficio N°12057-2013 (26, febrero, 2014). P.A.H.Á CON L.E.R.A.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Invalidación de oficio N°35.252-16 (4, octubre, 2016) M.P.A.A.D con A.E.A.F Y M.G.D.R.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo N°3.469-08 (29, julio, 2008) V.A.H.M. con V.S.H.
- CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 6, agosto, 2022]. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.
- CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley N°1552. (28, agosto, 1902). Código de procedimiento civil. Diario oficial. 30, agosto, 1902.
- CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 07, julio, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes

y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://n9.cl/smnhe>>

CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Decreto 100 [en línea]. (17, septiembre, 2005) [consultado el 10, julio, 2022]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la constitución política de la república de Chile. Diario Oficial. 22, septiembre, 2005. no. 38268. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: Naciones Unidas, 2009. 33 p. Observación general n° 12.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Ginebra: Naciones Unidas, 2013. 22 p. Observación general N°14.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. En: Revista de Derecho. 2021. vol. 19, no. 2.

COUSO SALAS, Jaime. El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. En: Revista de Derechos del Niño. 2006. Núm. 3-4, p. 153. ISSN 92-806-4098-4.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La codificación. En: Themis Revista de Derecho. 1994. Núm. 30, pp. 29-36.

ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco. Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. En: Revista Derecho. 2015. N° 8, p. 169.

GARRIDO CHACANA, Carlos. Temas de protección del niño, niña o adolescente. Santiago: Metropolitana, 2022. 319 p.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. El sistema filiativo chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 371.

GREAT BRITAIN. HOME OFFICE.; GREAT BRITAIN. LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT. Youth court 2001 : the changing culture of the youth court: good practice guide. Great Britain: Home Office Communication Directorate, 2001. 16 p.

GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Carlos Andrés. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria.

- En: Revista de derecho [en línea]. 2009. vol. 15, no. 1 [consultado el 15, julio, 2022]. Disponible en Internet: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006>.
- GUTIÉRREZ VARGAS, Rosa; VARGAS CORMANE, María y ROCHA OSORIO, Emerson. Curadores ad litem, evolución o retroceso en las reformas procesales de Colombia y el mundo. En: Justicia Juris. 2014. vol. 10, no. 2, p. 102.
- INSTITUCIONALIDAD SOCIAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. América Latina y el Caribe (33 países): principal instrumento nacional para la protección de los derechos de la infancia y adolescencia. Santiago: Naciones Unidas, 2021. Informe CEPAL.
- LIEBEL, Manfred. Contrarrestar el adultocentrismo. Sobre niñez, participación política y justicia intergeneracional. En: Revista de Derecho. 2022. vol. 30, no. 58.
- LLANOS, Hugo y RIVEROS, Edgardo. Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile. En: Diario Constitucional. 23, abril, 2021.
- NACIONES UNIDAS. Norma Internacional [en línea]. (20, noviembre, 1989) [consultado el 07, julio, 2022]. Convención sobre los Derechos del Niño-M. Registro Oficial. 22 de septiembre, 1992. no. 31. Disponible en Internet: <<https://n9.cl/zfcl4>>
- OYANEDEL, Juan y ORTÚZAR, Harry. Sistematización de una experiencia piloto de implementación de una Sala Gesell para la entrevista de niños en un Tribunal de Familia. En: Revista chilena de pediatría. 2018. vol. 89, no. 6.
- VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Núm. 17-1, p. 195.