

## **DIFICULTADES PROCESALES PRÁCTICAS DEL DERECHO A TUTELA JUDICIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA LEY N°19.968.**

### **Autor:**

Simón Guillermo Saavedra Treuer<sup>1</sup>

### **I. INTRODUCCIÓN.**

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.430, sobre garantías y protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (en adelante, LGN), se estatuye un nuevo marco normativo interno a nivel nacional, tendiente a la efectivización de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante, NNA) en distintos ámbitos, entre otros, en el orden judicial. De esta manera, en su artículo 50, se garantiza su acceso al derecho a debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización, lo cual viene a ser una concreción de su derecho a participación, el cual se encuentra garantizado, entre otros, en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN).

No obstante valorarse dicho avance legislativo, es relevante destacar, que existen aspectos procedimentales, en particular en la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, (en adelante, LTF), que no han sido objeto de modificación alguna, pese a sus próximos ya 20 años de entrada en vigencia, tendiente a la efectivización de derechos en el ámbito judicial de NNA.

El objeto del presente ensayo, es intentar aproximarnos a la realidad práctica procesal del derecho a tutela judicial efectiva de NNA ante la judicatura de familia.

En la actualidad, no reviste mayor discusión que, NNA son un interviniente dentro del proceso judicial que les atañe (probablemente el/la más importante, pues las decisiones tienen directa incidencia en su vida), por lo que, es fundamental cuenten con debida representación a la luz de lo garantizado en la Constitución Política de la República, Tratados Internacionales, y que, explícitamente mandatan los artículo 19 de la LTF y 50 de la LGN, para tener la posibilidad de ejercer efectivamente ante la respectiva judicatura sus derechos y defender sus intereses.

Excede los límites de este ensayo, la extensa discusión referente a si la figura de curador ad litem es designado a fin de representar el interés superior o manifiesto de NNA, siendo lo que

---

<sup>1</sup> Secretario del 2° Juzgado de Letras de Quillota, Juez Suplente del Juzgado de Familia de Villa Alemana. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello. Master en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona. Magister en Derecho Procesal de la Universidad Central.

nos convoca, determinar si existen los mecanismos procesales idóneos para el ejercicio de sus intereses.

## II. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LEY N° 19.968.

Del análisis de la LTF, se puede verificar, que, no se establece en su procedimiento contencioso, una oportunidad procesal específicamente consagrada para que NNA (ya sea directamente o por intermedio de su representante dentro del proceso) ejerzan su derecho a contestar el libelo pretensor, cuestión que es un aspecto básico del debido proceso garantizado a nivel constitucional e internacional, ya que viene a concretar el principio de bilateralidad. Lo anterior, no implica que NNA carezcan de este derecho a efectuar sus alegaciones por escrito, pero lamentablemente, en la práctica ocurre que, NNA no contestan los respectivos escritos de discusión que obran en autos, por tanto, en estricto rigor, procesalmente se mantienen en rebeldía, y al no existir norma que establezca una sanción específica ante su pasividad procesal, debiese entenderse que el *onus probandi* se mantiene en la parte solicitante conforme el artículo 1.698 del Código Civil (en adelante, CC), pues aquella parte debe acreditar todas y cada una de sus alegaciones, al no existir hechos pacíficos en la causa, salvo que se pacten explícitamente convenciones probatorias entre los intervinientes.

Otro asunto de relevancia, que llama la atención, es la falta de producción de medios probatorios, considerando que, precisamente NNA, gozan de privilegio de pobreza en los términos de los artículos 591 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT), al encontrarse representados por la Corporación de Asistencia Judicial, conforme lo establece el artículo 19 de la LTF, pudiendo, por tanto, procurarse de medios probatorios amparados por este privilegio, cuestión que en la práctica no opera en la mayoría de los casos, limitándose los Tribunales de Familia a escuchar la opinión de NNA en contexto de audiencia reservada, lo cual, no es un medio probatorio, y, por tanto, no debe ser analizado en dicha calidad. Se ignoran en términos generales, los motivos de dicha falencia probatoria, pero podemos especular que pudiese deberse a la excesiva carga de trabajo de curadores ad litem, o que, lisa y llanamente, como se señaló anteriormente, al corresponder el *onus probandi* a la parte interesada, estiman que la labor probatoria debiese recaer sólo en aquella parte, considerando innecesario producir prueba en representación de NNA.

Lo expuesto precedentemente, conlleva un grave problema de índole práctico, a la luz de lo dispuesto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) aplicable en la especie por expresa remisión del artículo 27 de la LTF, pues las sentencias deben pronunciarse conforme el mérito de autos, y si nada se alegó en la oportunidad procesal respectiva, pudiese entenderse por el fallador que debe emitir pronunciamiento únicamente sobre los escritos de discusión de los adultos, que obran en el proceso. Dicha cuestión, pudiese subsanarse, si considerásemos que nos encontramos ante uno de los casos que la ley permite proceder de oficio, al entenderse el interés superior del niño<sup>2</sup>, como una norma procesal, y atendido los principios de

---

<sup>2</sup> En este sentido lo establece el artículo 7 de la Ley N° 21.430 en su inciso primero señalando que “El interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta”. En la misma línea de

oficialidad y desformalización establecidos en el artículo 13 de la LTF. Otra alternativa procesal sería, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 58 inciso final de la LTF, entenderse que nos encontramos ante un caso calificado, que permita emitir una resolución fundada, atendido el interés superior de NNA, que autorice a su representante a contestar verbalmente en etapa de audiencia preparatoria.

Además de lo ya señalado, existe otra problemática de índole procesal, pues el derecho a participación de NNA es un derecho el cual puede ejercerse a nuestro entender, en todo el *iter procesal*, y atendida la extensión temporal en la tramitación de los procesos judiciales, pudiese cambiar dentro de los distintos estadios procesales su opinión o interés manifiesto, lo cual conllevaría una dificultad para el sentenciador (sea de primera instancia o superiores), en orden a cuál de estos debe ser considerado al momento de ponderarlo al momento de adoptar una decisión.

Impresiona que, no se haya reformado tampoco, el artículo 66 de la LTF, al establecer los requisitos de la sentencia definitiva, a la luz de las garantías judiciales reguladas en la LGN, ya que, en parte alguna dentro de dichos requisitos, se establece que el fallador debe hacer alusión alguna al interés manifiesto de NNA, si hubiere ejercido su derecho a ser oído, ni hacer una ponderación (no valoración, pues no es medio probatorio) del mismo. Lo anterior, sin perjuicio, que como ha fallado la Excm. Corte Suprema, al invalidar sentencias al considerarlo un trámite esencial, en los términos prescritos en el artículo 768 N° 9 del CPC, debiendo NNA tener la posibilidad de ejercer o no este derecho, ya sea directamente o por intermedio de su representante para efectos del proceso. Esto sin perjuicio de ser expresamente uno de los parámetros a ponderar en términos genéricos conforme lo mandata el artículo 7 de la LGN, y en ciertas materias específicas, a saber, cuidado personal y relación directa y regular, de acuerdo con los artículos 225-2 y 229 del CC, respectivamente.

En lo concerniente a los recursos procesales, como es sabido, tienen como requisito *sine qua non* el agravio procesal de la parte que lo interpone, al no estar explicitada necesariamente en el proceso cuál es la pretensión procesal del/la NNA (pues como referimos, en la práctica no hay escritos de discusión de su parte y se mantienen en rebeldía procesalmente), al momento de interponerse dichos medios de impugnación, no queda claro la forma de ponderarse el efectivo agravio producido por la resolución recurrida, pues no se puede determinar fehacientemente la diferencia entre lo pedido y otorgado por el respectivo Tribunal, resultando complejo entender que el/la NNA ha sufrido un real agravio con el acto procesal recurrido, lo que pudiese llevar a algunas problemáticas prácticas, por ejemplo, en los recursos procesales que requieren preparación previa, a saber, el recurso de casación.

---

la Observación General 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de los Derechos del Niño.

### **III. CONCLUSIONES.**

De los ejemplos no taxativos señalados en los párrafos precedentes, es posible concluir, que si bien es destacable el avance legislativo en materia de efectivización de derechos en el ámbito judicial de NNA, no es menos cierto, que al ser las normas procesales eminentemente de orden público, existen ciertos vacíos que deben ser enmendados por una reforma legal a la LTF, a fin que, todos los intervinientes, tengan debidamente en consideración la pretensión procesal del/la NNA en el caso concreto que se trate, para evitar arbitrariedades y que pueda ser materializado su acceso a la justicia, resguardándose las garantías procesales de los demás intervinientes, y existiendo una congruencia procesal entre lo que se solicite y falle respectivamente por la judicatura. Así las cosas, del análisis realizado, se da cuenta que existen dificultades procesales para garantizar la tutela judicial efectiva de NNA en el marco de la LTF, las cuales esperamos sean subsanadas mediante avances legislativos en la materia.