

Análisis cualitativo de problemas relativos a confidencialidad de la declaración de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia

Francesco Carretta Muñoz*
Marcelo Barría Bahamondes**

RESUMEN

En este estudio se efectúa un examen acerca de la forma en que se ejecuta la declaración confidencial en la justicia de familia. Se sostiene que de la manera en que está concebida en la ley actualmente se generan graves inconvenientes. Estos problemas guardan relación primordialmente con el secreto en que estas audiencias permanecen indefinidamente, lo que a su vez impide fiscalizar aspectos que son importantes tanto para los derechos de los niños, niñas y adolescentes que intervienen en ellas, como de los demás intervinientes involucrados en los procesos en que la audiencia se gesta. Basado en esto, se sugieren algunos cambios legales a la luz de las reformas que respecto de esta cuestión hace algunos años se han llevado a cabo en la legislación italiana.

Proceso de familia; derecho a ser oído; audiencia confidencial

Findings from an empirical analysis on the problems of the confidentiality of the declaration of children in family justice.

ABSTRACT

In this study an examination is carried out on the way in which the confidential declaration is executed in family justice. It is argued that the way it is currently conceived in the law generates serious inconveniences. These problems are primarily related to the secrecy in which these hearings remain indefinitely, which in turn prevents the control of aspects that are important both for the rights of the children and adolescents who intervene in them, as well as the other parties involved

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesor de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: 0000-0002-2552-8552. Correo electrónico: francesco.carretta@pucv.cl

** Licenciado en Antropología, mención Antropología Social, Universidad de Chile. Magíster en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización, Universidad de Chile. ORCID: 0000-0002-7447-0000. Correo electrónico: marcelo.barría.b@gmail.com

Este artículo se enmarca en el proyecto Fondecyt regular Nº 11130404 del que Francesco Carretta es el investigador responsable.

Trabajo recibido el 24.8.2021 y aceptado para su publicación el 14.12.2021.

in the proceedings. Based on this, some legal changes are suggested in light of the reforms that have been carried out in Italian legislation on this issue a few years ago.

Family process; children's right to be heard; confidential hearing

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Convención de Derechos del Niño y la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia (en adelante LTF), un niño, niña o adolescente (en adelante NNA) debe ser escuchado en todas las causas en que exista la posibilidad de resolver algún asunto que concierna a sus intereses. Es por esto que la problemática que origina este estudio posee una importancia cualitativa y cuantitativa de relevancia. Desde el primer punto de vista, recae sobre un derecho fundamental de la infancia, mientras que, desde el segundo, se proyectó hacia una gran parte de los asuntos que se ventilan habitualmente en la justicia de familia.

Por otra parte, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos es un tópico presente en varias competencias jurisdiccionales y, en cada una de ellas, posee varias aristas. Sin embargo, solo una de ellas de índole adjetivo que se produce en los tribunales de familia será abordada en esta investigación: los inconvenientes que reporta la confidencialidad de la audiencia en que se entrevista a los NNA en uso de su derecho a ser oído. Respecto de esta característica, es probable que el tratamiento legal y la práctica judicial en la justicia de familia chilena sea deficiente, en detrimento de la importancia de los derechos y valores que, para todos los intervinientes, conlleva su adecuado desarrollo¹.

Se sostendrá que la principal causa de los contrasentidos que se producen en la forma de llevar a cabo la audiencia se debe a un vacío legal en esta materia que debería ser cubierto por una norma que contenga la mayor cantidad de aspectos necesarios para garantizar adecuadamente el interés superior de los NNA y el derecho de defensa de las partes. Para ese fin, la experiencia italiana, similar a la chilena, podría servir de base.

II. MARCO TEÓRICO

La importancia de las declaraciones de los NNA en sede judicial familiar, aparte de su valor intrínseco en tanto se trata de una de las formas de ejercitar un derecho humano por un grupo de personas vulnerables, puede ser planteada, conforme con los fines de esta investigación, en el hecho de que lo expresado por un niño en la audiencia

¹ Algunos de los defectos enunciados en este estudio y otros relacionados a este tema fueron expuestos por Vargas y Correa, y posteriormente por García y Fuentes, hace algunos años. En él concluyen la necesidad de efectuar algunos cambios en el sistema que hasta hoy no se han producido. Aunque en este trabajo se parte de hipótesis y perspectivas distintas, valga este examen como una contribución actualizada de lo dicho por ellos en el punto en cuestión, con una base experimental. Véase: VARGAS y CORREA, 2011, pp. 177 y ss.; FUENTES y GARCÍA, 2015, pp. 55 y ss.

reservada tiene la capacidad de influir notoriamente en la valoración que el juez hace de la ocurrencia de los hechos.

Un paréntesis es importante. Si se tiene en cuenta lo dicho, el lector notará una fuerte vinculación de la declaración del niño a una prueba en sentido judicial de acuerdo con lo que tradicionalmente se entiende por esta. De acuerdo con Liebmann, un medio que sirve para el conocimiento de un hecho y por tanto para suministrar la demostración y formar la convicción de la verdad de aquel hecho en el juzgador². Lo que un NNA afirme en sede judicial, conforme con la tesis que sostenga quien plantea la controversia, puede encontrarse en desacuerdo con lo que afirma la otra parte del proceso. Esto, a su vez, puede estar sustentado por elementos probatorios relevantes en cantidad y calidad. No obstante, es factible que la declaración posea mayor envergadura que aquellos medios, de tal manera que en virtud de ella se dé mayor razón a lo que el NNA dijo, que a los hechos que puedan estimarse demostrados de acuerdo con dichas probanzas. Por ejemplo, en una audiencia confidencial un niño plantea que se siente mal con la relación directa y regular que ejerce su padre respecto de él. Esto es coincidente con aquello que esboza su representante que quiere suspender el régimen de visitas. Lo único con que cuenta la demandante es la declaración del niño. Su contraparte, cuenta con dos testigos imparciales y contestes que refieren lo contrario. También, con un peritaje que afirma que en nada daña al niño relacionarse con su padre. Si se analiza estructuralmente el caso veremos que existen cuatro elementos probatorios y tres medios de pruebas. Una declaración confesional, dos atestados testimoniales y una pericia. Aunque esta confesional, en su producción, no cumple los cánones típicos de la misma. Pero, para la mejor comprensión de lo que se quiere expresar, debe asimilarse a ella, pues comparativamente es el medio más parecido.

Luego, en un plano teórico difícilmente la confesional descrita podría producir por sí sola una convicción determinante para la resolución de la causa. Se contravendría una máxima de la experiencia. Es axiomático no considerar como verdadera aquella confesión que favorece las pretensiones de quien las afirma. Aunque en este caso en realidad favorece la postura de su representante legal que es quien promueve la acción. Con las prevenciones y matices que esto merece. Si aquello se confronta al material probatorio que respalda su antítesis, es decir, los testigos y el perito, el fundamento de la acción debería caer. Sin embargo, no es difícil suponer que, en un litigio de familia, pudiese pesar más lo señalado por el NNA, y, en consecuencia, favorecerse por el juez la tesis sostenida por la parte demandante.

Pero, acerca de este tópico téngase en cuenta dos cosas. Por una parte, que es bastante discutible, según varios autores, la identificación de lo que un niño diga en un tribunal en el ejercicio de sus derechos, con lo que se entiende por un elemento de prueba en el sentido recién anotado³. Por la otra, que su tratamiento supera con creces los fines de esta investigación.

² LIEBMAN, 2012, pp. 299-300

³ De ANGELIS, 2019, p. 89, 101; CARPONI y BELLUSSI, 2000, pp. 167-169; CHIARAVALLOTI y SPADARO, 2012, pp. 69-76; RUO, 2012, pp. 11-12.

Sin embargo, más allá de la digresión recién anotada, lo que se quiere poner de relieve aquí es que la fuerza e influencia de los dichos de un NNA para lo que se pueda decidir acerca de ellos, es una realidad que encuentra un sustento normativo en el artículo 3º de la Convención que enuncia que toda decisión que se deba tomar acerca de algún asunto que concierna a la infancia, una consideración primordial debe ser el interés superior del niño.

Ciertamente, como lo ha señalado el Comité de Ginebra, una de las formas más importantes de determinación de dicho interés es mediante el ejercicio del derecho del niño a ser oído (en adelante DNO). Es por esta razón que ha establecido a ambas directrices como dos pilares de la protección de la niñez⁴, a la vez que ha señalado que entre ellas existe un “vínculo indisoluble”⁵.

Esta ingente importancia, de acuerdo con los diversos puntos que serán tratados en esta pesquisa, al parecer no se avienen del todo con los múltiples aspectos que implica la reserva de las audiencias en que los NNA son llamados a exponer sus puntos de vista. Es conveniente hacer notar, para los objetivos que persigue este estudio, que el texto de la Convención no ha establecido la confidencialidad de la diligencia con el que un NNA es escuchado. El artículo 12 que se refiere al derecho del niño a ser oído, solo menciona las condiciones para valorar lo que un niño dice en relación con su edad y madurez. Luego, dentro las 5 medidas que el Comité de los Derechos del Niño establece en la observación general Nº 12 para garantizar el derecho, solo se sugiere la confidencialidad de la declaración, no se estima que sea una obligación, ni se fundamenta nada a este respecto⁶. Por cierto, con esto no se quiere decir que la confidencialidad de la declaración no sea importante para resguardar la intimidad de los niños, lo que se está afirmando es que esta cualidad debe matizarse con otros aspectos igualmente significativos para los NNA y demás intervinientes.

Las normas que deberían regular pormenorizadamente cómo el derecho debe ejecutarse dentro del ordenamiento jurídico chileno se encuentran en el artículo 15 y 16 de la LTF. La primera, que establece el principio de la publicidad, excepcionalmente y a petición de parte, menciona que en ciertos casos se puede optar por la reserva para proteger la privacidad de los intervinientes. Pero, es importante resaltar, que en tal caso debería dictarse una providencia que establece la causa que motiva la excepción. La segunda, se limita a expresar que la ley garantiza el derecho a ser oído de los NNA. Ambas, como se examinará a continuación, son completamente insuficientes para intentar contestar las interrogantes que surgen respecto de la forma como debe desarrollarse la audiencia reservada y todos los derechos que se cautelan por medio de su ejecución.

Es importante destacar que el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez tampoco contiene una referencia pormenorizada de la audiencia confidencial para ante los tribunales de familia. En su artículo veintiocho en

⁴ Naciones Unidas, 2009, p. 5.

⁵ Naciones Unidas, 2013, p. 11.

⁶ Téngase en cuenta que el Comité de los Derechos del Niño es el organismo encargado de la interpretación auténtica de la Convención. Naciones Unidas, 2009, pp. 13-14.

que consigna al derecho del niño a ser escuchado, no menciona al trámite procesal de la audiencia reservada y solo dice en términos generales que “en el ejercicio del derecho se resguardarán las condiciones de discreción, intimidación (...)”, que es lo mismo a lo que se llega hoy por las normas de la Convención y la LTF recién anotadas, por lo que su promulgación en nada cambia los aspectos abordados en este estudio⁷.

III. METODOLOGÍA

El enfoque metodológico de la presente investigación, aparte de la que es propio de las disciplinas jurídicas⁸, se ha forjado sobre la base de un estudio de carácter cualitativo de tipo descriptivo y de orientación constructivista. Con esto se espera visualizar un horizonte de la praxis judicial respecto de las materias que serán abordadas. No espere el lector encontrar la búsqueda de un realismo empírico por medio de estas líneas, el objetivo es el propio de un enfoque cualitativo de acuerdo con lo dicho recién⁹. Por ello, no se tratará de ninguna manera de un estudio estadístico que busque revelar una realidad o generalizar la forma como piensan los jueces chilenos.

Por las características del estudio se eligió un tipo de muestra denominado “muestra de expertos”, ya que en este caso apunta a obtener la visión especializada de funcionarios públicos que ejercen la labor jurisdiccional, como es el caso de los jueces de familia, quienes conforman el sujeto de estudio primario en esta investigación. Este tipo de muestreo, a causa de su homogeneidad, permite centrarse aún más en el tema a investigar o resaltar situaciones, procesos o episodios dentro de un grupo social determinado¹⁰.

En cuanto a la locación, se ha procedido a una elección que solo ha tenido en cuenta la dispersión geográfica de cuatro regiones del país, de tal manera de no centralizar la muestra en una región determinada y determinar si los usos judiciales que difieren de un lugar a otro pueden tener algún grado de interferencia con las hipótesis planteadas. Desde ya puede decirse que este aspecto no ha tenido incidencia en la pesquisa de acuerdo con los hallazgos obtenidos.

Se fijó un punto de saturación a base de la información que pudiera suministrar un número no superior a 15 jueces. La consideración numérica se hizo basado en dos factores. El hecho de que se trata, como ya se dijo, de un análisis cualitativo que no busca certezas estadísticas, y, la dificultad de conseguir entrevistas con los miembros del Poder Judicial, según dio cuenta una pesquisa anterior en la que algunos magistrados mostraron ciertos recelos en dar a conocer sus opiniones, incluso algunos no aceptaron.

La recolección se hizo mediante entrevistas semiestructuradas, previa lectura y suscripción de un consentimiento informado que detalla de manera específica los objetivos

⁷ Véase Boletín 10.315-18.

⁸ El análisis sistemático, conceptual, crítico y comparado del derecho, con propuestas de solución. ALEXY, 1997, p. 241.

⁹ VALLES, 1999, p. 59.

¹⁰ HERNÁNDEZ *et al.*, 2010, p. 397.

de la investigación, a partir de una pauta con temas que fueron estandarizados de acuerdo con los siguientes tópicos expresados en la siguiente tabla:

1. Comprensión y alcances del DNO	<ul style="list-style-type: none">• Posición relativa del DNO respecto de otras normas o cuerpos jurídicos• Relación del DNO con la transparencia de los actos procesales• Posibilidad de mejora de las condiciones procesales específicas en este ámbito
2. Concomitantes del DNO en la práctica judicial	<ul style="list-style-type: none">• Aplicación de la confidencialidad de la realización del DNO en el proceso de familia• Posibilidad de mejoras prácticas y materiales en el ejercicio del DNO• Posibilidad de mejoras en la legislación nacional

La reserva de los insumos de la investigación y en especial del material en que fueron consignadas las entrevistas ha sido asegurada, y cuenta con la aprobación y fiscalización del Comité de Bioética de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

IV. RESULTADOS

1. *Comprensión y alcances del DNO desde la perspectiva judicial*

a) Significado del DNO y las consecuencias de su realización en la entrevista reservada

En el marco de un juicio de familia, el hecho de que un juez decida escuchar la declaración reservada de un NNA *tendría un valor preponderante*¹¹ para los entrevistados, en cuanto esto se considera *de vital importancia, y el tema de mayor jerarquía respecto de la actuación de otros cuerpos legales o intervinientes*¹², ya que este hecho impacta en primer lugar en el reconocimiento del respeto por la dignidad humana por medio de la realización del DNO, bajo el entendido de que *aunque sea una persona en formación, por su edad, tiene que tomarse en cuenta su opinión*¹³; en segundo lugar, la realización de la entrevista reservada

¹¹ Entrevistado #3.

¹² Entrevistado #4.

¹³ Entrevistado #12.

constituye una forma de reconocer el derecho a la autonomía progresiva de la voluntad del niño, permitiendo materializar su derecho a ser adecuadamente informado acerca del proceso judicial que lo involucra.

De esta manera, el ejercicio eficaz del derecho del NNA a ser oído se torna aún más relevante debido a que involucra al curador *ad litem* y lo insta a desarrollar óptimamente su labor, ya que su obligación es estar informado de todo antecedente que pudiera ser útil para defender de mejor manera los intereses de su representado. En este sentido, se observa que el interés superior del niño está en general necesariamente asociado a la realización de la instancia de declaración reservada –a menos que alguna situación excepcional lo impida o esta atente contra su propio interés general– tal como apunta un magistrado: *el interés superior pasa por escuchar la postura del niño, pero el valor que uno asigna a esa postura está unida al resto de los antecedentes (del caso)*¹⁴.

b) Conflicto entre la realización del DNO y el derecho de las partes a la publicidad de los actos procesales

Dentro del contexto en que se da la declaración reservada del NNA, algunos entrevistados señalan que la publicidad de los actos judiciales se podría ver en cierto modo afectada por su carácter confidencial, vulnerándose en algún grado el derecho de defensa de las partes; sin embargo, otros magistrados afirman que por sobre cualquier derecho de las partes está el interés superior del menor –*el derecho absoluto del niño a ser escuchado en audiencia*¹⁵– el que se sustenta en un cambio del actual paradigma donde *la omisión de del ejercicio del derecho del NNA llevaría incluso a la invalidación de una sentencia*¹⁶, en un escenario donde *la voz del niño es una pieza importante del proceso judicial, a la cual las partes no tendrían acceso*¹⁷. En cualquiera de estos casos, el análisis de los datos indica que existe acuerdo entre los entrevistados respecto de que la realización de la audiencia reservada no solo implicaría el reconocimiento del interés superior del niño, sino que además de su calidad de sujeto de derecho, entendiéndose por tanto que –tal como señala uno de los jueces– *el derecho a ser oído es derecho preponderante (...) ante el tribunal*¹⁸.

De esta manera, se reconocería mayoritariamente la prevalencia del interés superior del niño y, por tanto, la inviolabilidad *a priori* de la confidencialidad de la declaración reservada; a esto habría que sumar que la toma de la declaración reservada, en opinión de los magistrados, permite al juez ampliar su perspectiva y alcanzar una visión más imparcial del asunto que debe tratar, pudiendo tener acceso a información que de otra forma no podría disponer; es así como *(la declaración reservada) afectaría formalmente en alguna medida la debida defensa, porque el niño aporta antecedentes que las partes, muchas veces*

¹⁴ Entrevistado #3.

¹⁵ Entrevistado #10.

¹⁶ Entrevistado #4.

¹⁷ Entrevistado #1.

¹⁸ Entrevistado #3.

*por sus propios intereses, no quieren hacer valer ante el tribunal*¹⁹. Adicionalmente, algunos entrevistados recalcan que no hay que olvidar que las partes están debidamente resguardadas, ya que ellos *tienen su abogado, tienen su forma de rendir la prueba, y si el niño tiene curador, también tendrá derecho a rendir su prueba. Son aspectos que el juez debe evaluar en forma tripartita y dándoles el mismo valor*²⁰.

- c) Impacto de la confidencialidad de la declaración reservada sobre el derecho de las partes a la publicidad de los actos procesales. Formas de superación de esta oposición desde la lógica judicial

La eventual oposición entre la necesaria confidencialidad de la declaración del NNA y el derecho de las partes a la publicidad de los actos procesales no sería tan obvia en realidad cuando se indaga en torno a la percepción de los magistrados —*aunque haya una duda permanente (de si afecta tales derechos)*, señala uno de ellos²¹— ya que independientemente del valor que posea la declaración del NNA para el juez, los entrevistados señalan que se ponderan también otros antecedentes que se integran al momento de apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, todo ello da a entender a las partes del proceso las razones de por qué el juez toma la decisión del caso; esto incluye lo manifestado por el niño en audiencia reservada, aunque sin explicitar lo expresado por el NNA, debido al carácter confidencial de la declaración.

Este punto tan controversial es iluminado por uno de los jueces entrevistados al señalar que es posible apoyar sin restricciones la confidencialidad de la declaración del NNA sin pasar a llevar necesariamente el derecho de las partes a la publicidad procesal, expresándose esto bajo la siguiente lógica jurídica: *Por ser menor de edad, al niño se le escucha en reserva, (sin embargo) la audiencia es reservada, no es secreta, por tanto yo como juez debo hacerme cargo del planteamiento del niño, sin revelar la integridad de la audiencia (...) esto significa que las partes igual tienen derecho a saber de alguna forma por qué se resuelve y en concreto qué es lo que dice el niño*²². Como resultado de esto, la forma de superar el antagonismo que surge del problema de la confidencialidad se materializaría entonces al momento de emitir sentencia, instancia en la que el magistrado deberá incorporar en su argumentación de manera no textual ni explícita los hechos, antecedentes o situaciones señaladas por el niño, ponderándolos con los demás antecedentes de la causa para poder llegar a una decisión final. Esta sería en concreto la forma en que para muchos jueces se superaría la contradicción entre el derecho a la confidencialidad de la declaración del NNA y el derecho a la debida publicidad de los actos procesales.

Complementando lo anterior, se observa consenso entre los jueces entrevistados respecto de que la mera declaración del NNA no es de ninguna forma un medio de

¹⁹ Entrevistado #7.

²⁰ Entrevistado #6.

²¹ Entrevistado #14.

²² Entrevistado #10.

prueba y es por esta razón –según lo que manifiestan– que no afectaría *a priori* el derecho a defensa de las partes, ya que la confidencialidad de lo declarado se impondría por sobre cualquier otro aspecto procesal en función del derecho del niño a ser oído y el resguardo de su interés superior. Esta firme convicción de la protección de la confidencialidad de lo declarado se grafica en la siguiente frase de uno de los entrevistados: *Por ningún motivo considero que para que la parte pueda ganar su juicio o hacer valer sus derechos tenga que conocer la declaración del niño, cuando es una circunstancia que está estrictamente reservada*²³.

Así, para los entrevistados la audiencia reservada no representaría en principio una amenaza rotunda o evidente para las partes, ya que se entiende que tal declaración no es vinculante, *no es una demanda o una alegación del niño propiamente tal como interviniente*²⁴, o como señala otro de los magistrados: *...hay que partir de la base que el niño debe ser oído, pero no necesariamente obedecido o acatado*²⁵. No obstante esto, algunos jueces manifiestan inquietud respecto de que en algunos casos sería imposible saber cuánto de la decisión judicial final proviene de lo dicho por el niño, y cuánto deriva del juicio propio que se ha creado el juez en virtud de las pruebas entregadas por los intervinientes. En estos casos, en opinión de algunos, todo dependería de la “técnica” que use el juez para consignar si es que la opinión del niño es un fundamento de su resolución; en ese sentido, los entrevistados señalan que hay que tener cuidado *si el juez no se hace cargo de expresar o explicar de qué forma (incorporó) esa percepción que obtuvo del niño, de sus opiniones (emitidas bajo declaración)*²⁶, ya que se hace difícil fundamentar la decisión tomada, y de cómo se llegó a una conclusión en la sentencia.

2. Particularidades y apreciaciones de lege ferenda acerca de la confidencialidad en la práctica judicial

a) La confidencialidad de la audiencia reservada y el interés superior del niño puestos en la balanza

La confidencialidad de la declaración del NNA desata varias interrogantes acerca de cuán adecuada es su realización en el marco de un juicio justo para todas las partes involucradas. Es así como en este ámbito de análisis encontramos interesantes matices que ofrecen distintas posibilidades para conciliar la necesidad de darle un trato adecuado a la declaración del niño y, por otro lado, a la necesidad de publicidad procesal, tal como señala uno de los magistrados: *... (he emitido) sentencias donde, solicitando una autorización al niño, y dependiendo de su edad, he transcrito parte de su declaración... omitiendo todo aquello que pudiera significar algún conflicto de lealtad para con él, o que él pudiera sentir que yo o el sistema que represento lo ha traicionado*²⁷. De esto es posible deducir entonces que existen

²³ Entrevistado #6.

²⁴ Entrevistado #5.

²⁵ Entrevistado #11.

²⁶ Entrevistado #12.

²⁷ Entrevistado #15.

espacios efectivos de maniobra a los que el juez puede recurrir, aplicando su mejor criterio en pos de una resolución más justa y equilibrada.

En este sentido, otro elemento interesante señalado por los entrevistados se relaciona con que la confidencialidad de la audiencia del NNA tiene la particularidad de que se torna absoluta respecto de las partes, pero no respecto de los jueces de tribunales superiores que podrían tener acceso a la información si se dan las circunstancias procesales –por ejemplo, mediante un recurso de apelación– verificando que la determinación que tomó el juez anterior fue adoptada justificadamente en función de tales antecedentes.

Es imprescindible insistir en que hay pleno acuerdo entre los entrevistados respecto de que el interés superior del niño siempre estaría por encima de cualquier otra consideración, y que en ese sentido, lo que se busca proteger –el bienestar del NNA por medio de la confidencialidad– toma una posición dominante en cuanto los magistrados perciben que el niño se encuentra en la mitad de un campo de batalla donde las partes buscan un veredicto por algo que le afectará directamente a él. De esta manera, es posible inferir que el eventual sesgo que pudiera producirse por la confidencialidad de la declaración pasa a un segundo plano al ponderarse el derecho que posee el niño en esta instancia.

Adicionalmente, es posible observar que algunos jueces hacen una distinción entre causas contenciosas y causas de vulneración de derecho cuando se trata de confidencialidad. En las causas contenciosas se daría un elemento que se escaparía a la norma legal –el efecto relativo de la sentencia– mencionándose situaciones concretas como por ejemplo *el tema del cuidado personal, donde encuentras que ambas partes tienen igualdad de competencia para cuidar al niño, y debes tomar una decisión que se plasmará en una sentencia que afectará a un tercero que no ha sido parte en el juicio*²⁸. En estos casos los entrevistados hacen las distinciones del caso, ya que el efecto de la sentencia se producirá en un tercero (el niño), el que, de no ser escuchado, sufriría una denegación de su legítimo derecho; es aquí donde la confidencialidad que se le otorga a la declaración del NNA toma una relevancia especial, ya que *es uno de los principios básicos... y es conveniente que cualquier juez que esté en este lugar y atendiendo la edad del niño, le explique esta situación, porque esto generará una mejor comunicación*²⁹.

b) Posibles modificaciones de la práctica judicial en el ámbito de la confidencialidad de la declaración del NNA.

En el marco de la discusión acerca de posibles mejoras de aspectos jurídicos que se podrían implementar para salvar la oposición entre el derecho del NNA a ser oído y el debido proceso para las partes, los magistrados mencionan la posibilidad hipotética de derribar en mayor o menor grado las estrictas barreras que le dan confidencialidad a la declaración del niño; sin embargo, luego de meditarlo unos segundos, para los entrevistados esta situación se torna muy improbable ya que se tiene aún muy presente

²⁸ Entrevistado #9.

²⁹ Entrevistado #9.

que —hace años— no existía esta limitante, por lo que los relatos que los niños entregaban al tribunal eran manipulados o usados de mala manera por los abogados litigantes, y precisamente lo que se busca con la audiencia reservada es lo opuesto, es decir, *dar mayores garantías a los niños y poder llegar más a ellos*³⁰.

Así, en opinión de los jueces, la posibilidad de otorgar algún grado de acceso libre de las partes a la declaración reservada es impensable por las razones antes expuestas, y en el mejor de los casos implicaría una dificultosa materialización, ya que si bien actualmente el ejercicio del derecho no se encuentra, por consiguiente, normado en la forma en que se ejerce —abriéndose la posibilidad de un protocolo regulador—, en la práctica (*esto se tornaría difícil por la cantidad de materias, factores de edad y madurez de los niños*)³¹, por lo que para los entrevistados cualquier intento poco exitoso de regular esto podría generar consecuencias gravosas en ellos, ya que estos seguirán vinculados a sus padres, pero en un contexto donde hubo un quebrantamiento evidente de lealtades.

No obstante lo anterior, la percepción de los jueces apunta a que el antagonismo antes mencionado entre los derechos del NNA y los de las partes podría hipotéticamente alcanzar un equilibrio (*si es que la ley aclarase, en términos del proceso, que deben vertirse ciertas cuestiones generales de lo que el niño dice en la audiencia*)³². Además, advierten que publicitar cuestiones generales tratadas con el NNA podría quizás llegar a ser beneficioso para las partes, porque se observa que actualmente un juez podría eventualmente *acomodar una decisión que él tiene de antemano, diciendo que se funda en lo que el niño dijo, y como la parte no tiene cómo corroborar lo que este dijo, no puede controvertir*³³. Se lograría entonces en la práctica que las partes pudieran tener una noción acerca de cuánto pesa la opinión del niño en la sentencia del magistrado, permitiendo así de paso que pueda ejercerse eventualmente el derecho a la impugnación de la sentencia por alguna de las partes.

En lo concreto, para buena parte de los magistrados ya existe una instancia donde efectivamente es posible obtener un mayor equilibrio de las garantías procesales, y es la que se concreta al momento en que el juez valora la prueba en la sentencia. Si bien la declaración del NNA no constituye un medio de prueba en sí mismo, en opinión de los entrevistados sirve de todas formas como base para justificar la decisión respecto del caso, teniendo como horizonte el interés superior del niño. Se configuraría entonces un espacio de equilibrio donde podría conciliarse la necesidad de mayor publicidad de los actos procesales para las partes, sin generar una transgresión traumática de la privacidad del relato del niño. Ahora bien, en el caso ficticio de que se pudiera ser totalmente transparente con lo declarado por el niño, algunos magistrados creen que igualmente no habría una real solución al problema sino que más bien se generarían más cuestionamientos desde las partes en litigio, ya que podrían impugnar la información recogida por el juez en la declaración, como señala un entrevistado: *Si nosotros permitiéramos el*

³⁰ Entrevistado #6.

³¹ Entrevistado #4.

³² Entrevistado #13.

³³ Entrevistado #13.

*acceso a los audios, yo siento que la discusión pasaría desde lo que opina el niño al “¿Usted le preguntó o no le preguntó esto?”, “¿Hizo esto o no hizo esto otro?” (...) y nos centraríamos en eso, que no es el tema (principal)*³⁴; de esta forma, no habría un real aporte al desarrollo del litigio, sin contar que se haría a costa de la violación flagrante de la confidencialidad de la declaración del NNA y todo lo que esto conlleva.

V. DISCUSIÓN

1. Respecto de los alcances de la confidencialidad de las entrevistas de los NNA, para todos los jueces entrevistados resultó indubitada la imposibilidad de dar a conocer los diversos aspectos que inciden en ella, como la forma en la que se llevó a cabo la entrevista y menos lo expresado en ella, manteniéndose así, *prima facie*, lo concluido por García y Fuentes en cuanto a que el trámite es una “caja oscura” a la que ningún interviniente tiene acceso³⁵. Esto se ve en parte corroborado por el razonamiento expuesto en 7 sentencias que, al momento de valorar los dichos mencionados por los NNA en la audiencia reservada, nada dicen acerca de los aspectos técnicos, jurídicos o fácticos que se examinaron en ella, ni siquiera en términos generales, y se limitan a exclamar una frase que puede redactarse de la siguiente manera: “Atendido el mérito de los antecedentes, teniendo presente que de lo expuesto por el niño en la audiencia confidencial (...)”³⁶.
2. Valga decir que las preguntas iniciales de esto –la confidencialidad de las entrevistas– se plantearon de modo abierto, para de alguna manera indagar la presencia patente del marco jurídico (ley, doctrina o jurisprudencia) en la conciencia de los entrevistados. Pues bien, no se divisó en ellos alguna duda en relación con esto, ni cotejo de la existencia de pautas legales que los haya hecho meditar en este punto de manera específica, más allá de la alusión a los principios generales que se analizan en la letra siguiente.

Esto hace sospechar la posible presencia de un sesgo cognitivo en esta materia que se ubica, siguiendo las investigaciones de Tversky y Kahneman, en el primer nivel automático o reactivo de pensamiento: no es correcto que lo que un niño diga en el contexto de un juicio que le pueda afectar, sea escuchado por otras personas³⁷. Desde luego que, en el segundo nivel del juicio que requiere un mayor grado de abstracción, conforme con la tesis de los autores citados, dicha afirmación puede

³⁴ Entrevistado #2.

³⁵ FUENTES y GARCÍA, 2015, p. 81.

³⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30. 7. 2018, rol 109-2018; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 27.7.2018, rol 865-2018; Corte de Apelaciones de San Miguel, 4.7.2018, rol 475-2018; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1.7.2018, rol 216-2018; Corte de Apelaciones de Santiago, 29.5.2018, rol 3638-2017; Corte de Apelaciones de San Miguel, 1.2.2018, rol 917-2017; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14.10.2014, rol 585-2014.

³⁷ TVERSKY y KAHNEMAN, 1974, pp. 1124-1131.

ser o no ser efectiva, pero requiere matizarse con las demás condiciones que pretenden hacerse notar en este estudio.

3. Defender a ultranza no dar a conocer lo que un NNA dice en la audiencia confidencial, al no encontrar una explicación específica y clara al respecto, se canaliza por varios de los jueces examinados hacia los razonamientos esperados en la justicia de familia en casos como este³⁸. En efecto, el derecho del niño a ser oído y al mismo nivel el interés superior del niño son en ocasiones un catalizador que cubre, con su prestigio jurídico, la insuficiencia argumentativa que pueda generar la resolución de un caso que no posee un apoyo normativo concreto (VI 2. a).³⁹ Esta es precisamente una de las críticas a la excesiva amplitud o ambigüedad que generan conceptos jurídicos indeterminados como estos y en especial el interés superior del niño⁴⁰.

Ahora bien, si se estuviesen usando aquellas directrices para los fines interpretativos que tradicionalmente se les asigna para justificar⁴¹ el secreto sin control de lo que sucede en la referida audiencia, de todas maneras, podría estarse creando una paradoja porque, por una parte, se está favoreciendo el derecho de intimidad de los NNA y acto seguido vulnerando otros derechos del mismo sujeto de protección si no se toman en cuenta algunas de las deficiencias que pueden teñir la declaración⁴².

4. En este orden de ideas, si al NNA se le entrevista inadecuadamente podrían arrojarse resultados contradictorios para sus intereses, similar a lo que en medicina se suele llamar un “falso negativo”. Es decir, cuando la exploración física no detecta una alteración, pero en realidad hay una enfermedad en el paciente. Si no se advierte que la declaración del niño está corrompida, finalmente se daña aquello que se ha pretendido proteger, porque la solución del caso no estará en sintonía con aquello que el NNA necesita realmente. Aunque evitar que esto no ocurra el cien por ciento de las veces es imposible, el riesgo se optimiza si la entrevista no permanece en secreto ilimitadamente y se establecen los arbitrios necesarios

³⁸ Acerca de esto, el Comité de Ginebra ha dicho que la alocución, para no caer en un área arbitraria de actuación, no puede consignarse sola, sin alusión a otros derechos, para justificar decisiones. Naciones Unidas, 2013, pp. 9-12.

³⁹ JACKSON, 2002, p. 176.

⁴⁰ MNOOKIN, 2014, pp. 249 y ss.; FREEMAN, 2007, pp. 1-3; KHON, 2008, pp. 337 y ss.; ELSERT, 1987, pp. 11-28; HAFEN y HAFEN, 1996, pp. 449 y ss.

⁴¹ BELADIEZ, 2010, pp. 161-173; ALPA, 2006, pp. 17-18.

⁴² Por ejemplo, los dichos de un niño pueden estar fuertemente guiados por alguna persona, comúnmente alguno de sus progenitores o un miembro cercano de su familia. Cuestión que se conoce como síndrome de alienación parental, mediante la cual se inoculan mediante manipulación relatos en la siquis de los NNA de tal manera que terminan estos creyendo que son ciertas y verbalizándolas como tales. MATTEINI CHIARI, 2014, p. 35; MAIDA *et al.*, 2011, pp. 485-492; BAKER, 2005, pp. 1 y ss. Fenómeno relacionado con el hecho de que los niños también es posible que entreguen información falsa que pueden ser inducidas por las respuestas que los entrevistadores esperan recibir, sobre todo si las preguntas han sido sugestivas. AYDIN y CECI, 2009, p. 90; ANDREWS *et al.*, 2015, p. 1; POMODORO, *et al.*, 2013, p. 207; CECI y BRUCK 1993, pp. 403-439; DE CATALDO NEUBURGER, 2005, pp. 159-162.

para que la diligencia se controle por los intervinientes⁴³. Estas formas, si bien no apuntarán a saber lo que el NNA dijo detalladamente, al menos deberían dirigirse al conocimiento de los parámetros técnicos o protocolos tomados en cuenta por los entrevistadores, al momento de recabar sus opiniones⁴⁴.

5. Una segunda limitante, desde el punto de vista de los derechos que le asisten a las partes del pleito, si se tiene en cuenta que lo aseverado por los niños es uno de los principales elementos que el juez tomará para tomar su decisión y los intervinientes lo desconocen ¿cómo ejercen su derecho a recurrir si la sentencia les es adversa? Como lo ha constatado Contreras a partir de la sistematización de algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una de las condiciones del derecho al recurso como uno de los elementos del debido proceso civil parte por una “revisión amplia y completa de los elementos de la decisión”⁴⁵. Esto implica un conocimiento completo del órgano revisor, y, se puede agregar que *sine qua non* previo por parte de los intervinientes. De lo contrario, ¿cómo pueden plantear observaciones sobre aquellos elementos y fundar sus impugnaciones? También, si se sigue a Bordalí, puede notarse en el defecto enunciado una infracción al derecho fundamental de defensa⁴⁶, y dentro de esta garantía, el deber de fundamentación de las sentencias que conlleva la posibilidad de que las partes conozcan los fundamentos de hecho de la resolución que les causa agravio⁴⁷. En términos concretos, piénsese en lo que ocurriría en un pleito civil si el juez dicta su fallo tomando como premisa fundamental el dictamen de peritos y a la parte perdedora se le impide saber que concluyeron estos. Sencillamente queda inerme. Desde luego que es sabido que las decisiones judiciales no se toman a base de un elemento, pero sin duda que, bajo las reglas de la sana crítica, de acuerdo con lo que ya fue expresado en el marco teórico de esta pesquisa, hay algunos que poseen una mayor magnitud para formar convicción en el sentenciador, como lo dicho por un niño o por un perito⁴⁸.
6. En este orden de ideas, si se observa la forma como los jueces de la muestra logran superar el antagonismo entre los factores descritos en los puntos anteriores –confidencialidad versus información– con interrogantes más cerradas a este respecto, sus respuestas, aunque dubitativas, se dirigen a encontrar una justificación en el

⁴³ BROWN *et al.*, 2013, p. 368; LAWSON *et al.*, 2018, p. 77

⁴⁴ Una de estas pautas es precisamente aquella consignada en el auto acordado N° 237-2014. En todo caso, aparte de no poseer obligatoriedad legal que construya su uso por parte de los magistrados, solo contiene una sugerencia acerca de las fases que debiese contener el trámite.

⁴⁵ CONTRERAS, 2017, p. 218.

⁴⁶ BORDALÍ, 2009, p. 266; GARCÍA y CONTRERAS, 2013, pp. 229 - 282.

⁴⁷ BORDALÍ, 2011, pp. 311 y ss.

⁴⁸ Esta aseveración se hace teniendo en cuenta que la sana crítica entre las complejidades que presenta se trata más de un asunto de argumentación racional de la forma cómo se dan por acreditados los hechos; que de la asignación de un valor concreto a los medios de pruebas que se presentan en un juicio. COLOMA, 2012, pp. 764-765.

entendimiento de que los intervinientes deben saber implícitamente lo dicho por los NNA entre las líneas de los argumentos de la sentencia (VII. c).

Esto no es del todo satisfactorio, porque abre paso al campo de la especulación que quiebra toda la certeza que se supone que debería imprimir la cosa juzgada que implica la dictación de la sentencia. Sin duda que el grado de subjetividad que las partes poseen acerca del acierto de sus alegaciones, sobre todo en causas de familia en las que se entrecruza la emocionalidad que conllevan este tipo de pleitos, de seguirse aquella postura, hacen prever que lo que el NNA dijo es muy cercano a lo que alguno de ellos sospecha. Es más, esto puede ser contraproducente a los intereses del niño, porque, bajo dicha premisa, debería suponerse que este exteriorizó algo contrario a aquel de sus padres por el que la sentencia fue adversa.

La persistencia de las dudas en torno a esto se agudiza en cuanto algunos magistrados se representan el riesgo de que el juez trate de acomodar su decisión a lo que el niño dijo, sin que sea posible de ninguna manera fiscalizar esto. Es por ello por lo que algunos matizan la problemática esbozando soluciones intermedias como consignar una parte de las entrevistas que entienden no vulneradoras al derecho de los NNA (VI 2. a); pero, es tan intenso el contrafuerte de la confidencialidad que tampoco se notan convencidos de esta solución y optan por plantear remedios por la vía legal, aunque sin precisar en qué consistirían (VI2. b).

VI. UN PUNTO DE COMPARACIÓN PROPOSITIVA: LA EXPERIENCIA ITALIANA

Resulta ilustrativo, para lo que se quiere expresar mediante este estudio lo que ha ocurrido en un sistema jurídico similar al chileno. En Italia, por equivalentes problemas a los que se puede estar enfrentando el ordenamiento nacional, y, sobre todo, por la carencia de fuentes normativas que regulan la materia y la consiguiente disparidad de criterios judiciales⁴⁹, se introdujeron en el Código Civil progresivamente varias reformas⁵⁰. De esta manera se incorporaron los artículos 336 *bis* y 337 *octies* que regula de manera general la escucha de los NNA, cuya última modificación comenzó a regir el 2014⁵¹. Esto ha implicado que, por una parte, la confidencialidad no queda entregada a las percepciones que respecto de ella tengan los encargados de llevar a cabo la diligencia, como pudiese estar ocurriendo en Chile y, por la otra, que actualmente se pueden notar los contornos adjetivos en los que se desarrolla el trámite. Así, se aprecia de manera más patente la función de transparencia y certeza que comúnmente se les asigna a las formas procesales⁵².

⁴⁹ RUO, 2012, p. 10

⁵⁰ MATTEINI CHIARI, 2014, p. 635.

⁵¹ ARDESI y LODA, 2015, p. 168-169; De ANGELIS, 2019, pp. 94-100.

⁵² LUISO, 2007, p. 400; COMOGLIO *et al.*, 2011, p. 320; TROLLER, 2009, pp. 217-222.

Lo primero en el actual marco legal es que existe un estatuto diferenciado para que el NNA sea oído según su edad. Si posee desde 12 años en adelante se presume que posee la madurez suficiente, por tanto, debe ser oído⁵³. Desde esa edad hacia abajo, el juez debe decidir si escucharlo o no y para ello debe indagar previamente su capacidad de discernimiento auxiliado por un especialista⁵⁴. Basados en esta nomenclatura algunos autores han estimado que mientras más cerca está de los 12 años, sobre todo a partir de los 8, mayor será la necesidad de escucharlo⁵⁵. No obstante, bajo el mencionado límite, siempre deberá justificarse la razón de por qué se estima que el NNA no posee la edad y madurez suficiente para ser oído⁵⁶. Esto no ocurre en Chile, donde la legislación no señala un límite etario para realizar la entrevista quedando por tanto entregado a los usos que cada juez o tribunal pueda implementar acerca de esto. Al respecto, los resultados de otra investigación arrojaron que algunos jueces chilenos se inclinan por no entrevistar a niños de edad inferior a los 5 años⁵⁷.

En cualquiera de las situaciones mencionadas, el juez puede decidir no escucharlo, pero en tal caso debe expresar los motivos que solo pueden ser dos. Uno, si estima que hacerlo contrasta con su interés superior y, dos, si el trámite, a la luz de los antecedentes, es manifiestamente superfluo⁵⁸. En Chile, de acuerdo con los resultados expuestos en los párrafos anteriores, se observa con preminencia por parte de algunos magistrados la utilización del principio general para justificar este tipo de decisiones. Pero en este caso se acude a la directriz plasmada en la Convención de una forma ambigua conforme con lo que fue planteado en la discusión (V. 3) .

Luego, en aquellos casos en que procede la audiencia a petición de parte o de oficio, está permitido bajo ciertas condiciones y previa autorización del juez que los padres, aun cuando sean parte del proceso, puedan ingresar a las audiencias⁵⁹. A ellos se suman el curador, los abogados de las partes y el Ministerio Fiscal. Referente a la participación de los progenitores, aun cuando la norma lo permite, la doctrina tiene ciertos recelos, por la posibilidad que se produzca alguna interferencia negativa para el NNA⁶⁰. No así los abogados defensores de las partes y el público ministerio, porque su presencia se estima como una garantía del principio de contradicción y de defensa que, en razón del debido proceso, debe guiar la consecución del juicio⁶¹. Eso sí, los abogados de las partes deben sujetarse a los protocolos que los colegios profesionales han dictado para este efecto que le impone deberes éticos sobre el particular⁶². En Chile, esto no parece

⁵³ LABRIOLA, 2018, p. 3.

⁵⁴ MATTEINI CHIARI, 2014, p. 652.

⁵⁵ NAPOLITANO y RUSSO, 2007, p. 45.

⁵⁶ DE ANGELIS, 2019, p. 106-209

⁵⁷ CARRETTA, 2018, p. 105.

⁵⁸ SANTINI *et al.*, 2015, p. 94.

⁵⁹ DE ANGELIS, 2019, p. 96; MATTEINI CHIARI, 2014, p. 661.

⁶⁰ MATTEINI CHIARI, 2014, p. 663.

⁶¹ DE ANGELIS, 2019, p. 105.

⁶² MATTEINI CHIARI, 2014, p. 661.

cercano a acontecer, tanto porque la ley no lo establece expresamente como también debido a que en la práctica judicial se ve lejana la posibilidad de abrir la audiencia a otros sujetos que no sean el juez, el consejero técnico y el curador *ad litem*.

Para salvaguardar la intimidad del NNA los oficios judiciales han implementado un dispositivo similar a las cámaras Gessel que se utilizan en los tribunales chilenos y han desarrollado protocolos para las entrevistas⁶³. El reproche que respecto de esto existe, que puede servir para el caso chileno si se pusiera la suficiente atención legislativa, es la proliferación de protocolos de escucha que cada tribunal ha implementado que, por una parte, son una expresión de usos dispares que ya se venían practicando, y, por la otra, que no son vinculantes y obligatorios⁶⁴.

Luego, *in situ*, previo a la audiencia, se les expone a los intervinientes los lineamientos de las consultas que se harán al NNA quienes, a su vez, pueden sugerir temas para preguntar. Luego, el juez informa al NNA la razón de su comparecencia al tribunal y los efectos de la audiencia. Luego se debe elaborar un informe del comportamiento del niño en dicha indagatoria o una grabación de audio y video de lo mismo. Posteriormente la escucha se efectúa de manera directa por el juez si se trata de un tribunal unipersonal o por el juez presidente, si es colegiado, como en el caso de las Cortes, o, en ambos casos, puede delegarse a un órgano técnico⁶⁵. Esto dependerá de la materia que se trate, ya que en aquellos casos en que la ley expresamente señala al juez, como en la adopción, solo puede ser directa, mientras que en los que se menciona que este puede ordenar la diligencia, como en los de separación, puede ser indirecta o de ambas formas, siendo la elección por parte del magistrado la regla general⁶⁶.

Se comprende por el ordenamiento italiano que escuchar al niño debe garantizarse, no tanto porque se le dé la oportunidad de plantear sus opiniones, sino por la forma como aquello que dice será luego valorado por el juez. Se entiende así al NNA como un partícipe o parte sustancial del proceso y no un mero espectador de él⁶⁷. Es así como la fundamentación por la que se tomará o no en cuenta lo dicho por el niño en la audiencia y los motivos por cómo esto se realiza es de suma importancia y es ampliamente analizado por los tribunales de casación⁶⁸. Lo mismo sucede si no se aprecian los motivos por los cuales, a partir de sus opiniones, se toma tal o cual decisión, recordando que la sola expresión del interés superior, sin señalar en forma pormenorizada en qué consiste para el caso en particular, es lo mismo que la ausencia de ellos⁶⁹.

⁶³ DE ANGELIS, 2019, pp. 111-113.

⁶⁴ RUO, 2012, pp. 17-18.

⁶⁵ PANUCCIO, 2018, pp. 165-166; MATTEINI CHIARI, 2014, pp. 659-660.

⁶⁶ NAPOLITANO y RUSSO, 2007, pp. 44-45

⁶⁷ LABRIOLA, 2018, p. 4; PANUCCIO, 2018, p. 166.

⁶⁸ SANTINI *et al.*, 2015, pp. 93-94.

⁶⁹ PANUCCIO, 2018, p. 166; ARDESI y LODA, 2015, p. 169; MATTEINI CHIARI, 2014, p. 652.

VII. CONCLUSIONES

Como se ha querido evidenciar en esta investigación, la confidencialidad de la audiencia de los NNA puede tratarse de una cuestión problemática en la justicia de familia, versus la importancia del derecho al que subyace dicho trámite. Un indicio de esto se refleja en lo manifestado por los jueces entrevistados que, luego de pasar la impresión inicial por la que parece en exceso disruptivo dar a conocer de alguna manera lo que un NNA dijo en la audiencia reservada, han mostrado varias vacilaciones al momento de ser consultados acerca de los diversos derechos y aspectos que puede transgredir dicha reserva. Uno de ellos, de especial relevancia, es la publicidad de los actos procesales que permite el conocimiento que las partes deben tener por los diversos elementos del proceso para poder efectuar observaciones respecto de ellos y basados en esto, recurrir de las resoluciones que los afecten.

Estas dudas pueden provenir de la falta de precisión que en esta materia entrega el precario marco jurídico que regula la cuestión en el ordenamiento jurídico nacional que no contienen las formas adjetivas para no solo llevar el trámite uniformemente por los tribunales, sino esencialmente resguardar adecuadamente los derechos de las partes y de los NNA. En realidad, se puede afirmar sin titubeos que hoy existe un vacío legislativo que, de llenarse apropiadamente, podría afianzar de mejor manera el interés superior de los NNA, evitando que este fuera teñido por factores nocivos, de un lado, y resguardando de un modo más conveniente el actual derecho de defensa de las partes, por el otro.

Para llenar aquella falta de ley, una reforma legislativa se puede esbozar a base de una estructura similar a la italiana. Quizá es impensable, por ahora, debido a la reticencia que esto produce, promover que los padres en conflicto ingresen a la audiencia en la que los NNA son escuchados, pero al menos, plantearse la posibilidad de que sus abogados, bajo ciertas condiciones éticas, ingresen a ella, no resulta desproporcionado. Sin perjuicio de la asistencia obligatoria del curador.

De acuerdo con lo analizado, también resulta conveniente una instancia previa a la audiencia en que se permita que las partes propongan una pauta de entrevista en coordinación con el consejero técnico y el juez, quienes pueden ejercer un filtro de aquellos planteamientos que no resulten convenientes a la luz de los derechos de los NNA y las circunstancias del caso.

En la audiencia, la pericia de los jueces y el órgano asesor de llevar a cabo una entrevista adecuada que no evite la cuestionabilidad y manipulación del relato de los NNA, dependerá primeramente de la capacitación de los operadores de la justicia de familia y en segundo lugar de la existencia de una pauta técnica uniforme de entrevistas. Referente a esto último, la experiencia de lo acontecido en Italia es un terreno ganado para estimar que un nuevo marco normativo podría contener la exigencia de la utilización de un protocolo uniforme cuyos detalles pueden ser delegados a un reglamento.

Finalmente, si hay un elemento que garantizará tanto el derecho de los NNA como el de las partes, será la necesaria fundamentación que los jueces deberán asumir sobre lo que el NNA dijo, bajo sanción de nulidad, si esto no acontece o se produce de manera deficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, 2006: *I principi generali*, Milano: Giuffrè Editore,
- ALEXY, Robert, 1997: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos.
- ARDESI, Simona y LODA, Carla, 2015: *Il Curatore del Minore*, Milano: Giuffrè.
- ANDREWS, S., LAMB, M., & LYON, T., 2015: "The effects of question repetition on responses when prosecutors and defense attorneys question children alleging sexual abuse in court", *Law and Human Behavior*, volumen XXXIX, N° 6.
- AYDIN, Cagla y CECI, Stephen, 2009: "Evidentiality and suggestibility: A new research venue", *New Directions for Child and Adolescent Development*, n° 125.
- BELADIEZ Rojo, Margarita, 2010: *Los principios jurídicos* (segunda edición), Pamplona: Thomson Reuters.
- BAKER, Amy, 2005: "The cult of parenthood: a qualitative study of parental alienation", *Cultic Studies Review*, volumen IV, N° 1.
- BORDALÍ, Andrés, 2011: "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho la tutela judicial", *Revista Chilena de Derecho*, volumen XXXVIII, N° 2.
- BORDALÍ, Andrés, 2009: "El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33.
- BROWN, D. A., LAMB, M. E., LEWIS, C., PIPE, M., ORBACH y WOLFMAN, M., 2013: "The NICHD Investigative Interview Protocol: An analogue study", *Journal of Experimental Psychology: Applied*, volumen XIX, N° 4.
- CARPONI, Domenico y BELLUSSI, Germano, 2000: *L'esame orale del bambino nel processo*, Milano: Giuffrè Editore.
- CARRETTA, Francesco, 2018: "Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, volumen LXXXVI, N° 243.
- CECI, Stephen y BRUCK, Maggie, 1993: "Suggestibility of the child witness: a historical review and synthesis", *Psychol Bull*, volumen III, N° 113.
- COLOMA, Rodrigo, 2012: "¿Realmente importa la sana crítica?", *Revista Chilena de Derecho*, volumen XXXIX, N° 3.
- COMOGLIO, L. P., FERRI, C. y TARUFFO, M., 2011: *Lezioni sul processo civile* (segunda edición): Bologna, Il Mulino Editoriale.
- CONTRERAS, Cristian, 2017: "El reconocimiento expreso del derecho al recurso en la carta fundamental: Una garantía básica del justiciable", en Gonzalo Aguilar Cavallo (editor), *Poder Judicial. Reforma Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Librotecnia, pp. 209-223.
- CHIARAVALLOTI, Sonia y SPADARO, Giuseppe, 2012: *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Milano: Giuffrè Editore.
- DE Angelis, Claudio, 2019: *I Procedimenti Civili Minorili*, Milano: Giuffrè Editore.
- DE Cataldo Neuburger, Luisella, 2005: *La testimonianza del minore*, Milano: Cedam
- ELSERT, Jon, 1987: "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child", *The University of Chicago Law Review*, volumen LIV, N° 1.
- FREEMAN, Michael, 2007: *Article 3, The best interest of the child*: Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- FUENTES, Claudio y GARCÍA, Ramón, 2015: "Entre la opacidad y la ireflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia", *Revista de derecho de familia*, volumen III, N° 7.
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, 2013: "El derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Estudios Constitucionales*, volumen XI, N° 2.

- HAFEN, Bruce, y HAFEN, Jonathan, 1996: "Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child", *Harvard International Law*, volumen 37, Nº 2.
- HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C., BAPTISTA P., 2010: *Metodología de la Investigación* (quinta edición: México D.F., McGraw-Hill/Interamericana Editores.
- JACKSON, Emily, 2002: "Conception and the Irrelevance of the Welfare Principle", *The Modern Law Review*, volumen 65, Nº 2.
- KOHN, Lynne Marie, 2008: "Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence", *Journal of Law and Family Studies*, volumen 10.
- LABRIOLA, Michela, 2018: "L'avvocato del minore", *Familia*. Disponible en <https://www.rivista-familia.it/2018/06/27/lavvocato-del-minore/> [Fecha de consulta: 11.8.2021].
- LAWSON, M., RODRIGUEZ-STEEN, L. y LONDON, K., 2018: "A systematic review of the reliability of children's event reports after discussing experiences with a naïve, knowledgeable, or misled parent", *Developmental Review*, Nº 49.
- LIEBMAN, Enrico, 2012: *Manuale di diritto processuale civile* (octava edición), Milano: Giuffrè Editore.
- MAIDA, A., HERSKOVIC, V. y PRADO, B., 2011: "Síndrome de alienación parental", *Revista chilena de pediatría*, volumen 82, Nº 6.
- MATTEINI Chiari, Sergio 2014: *Il Minore nel Processo*, Milano: Giuffrè Editore.
- MNOOKIN, Robert, 2004: "Child custody revisited", *Law and Contemporary Problems*, volumen 77, Nº 1.
- NACIONES Unidas, 2009: *Observación general Nº 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*. Disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> [Fecha de consulta: 11.8.2021].
- NACIONES Unidas, 2013: *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> [Fecha de consulta: 11.8.2021].
- NAPOLITANO, Lucio y RUSSO, Rita, 2007: "Ascolto del minore e provvedimenti relativi alla prole" (editores), en *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Milano: Wolters Kluwer, pp. 44 y ss.
- PANUCCIO, Francesca, 2018: "Tutela del minore attraverso la costituzione italiana europea e le carte internazionali", en Albano, F., Cassano, G., Corder, P. y Oberto, G. (editores), *Le Tutele Nella Famiglia. Nuovi orientamenti legislativi e giurisprudenziali*, Milano: Giuffrè, pp. 157-176.
- POMODORO, L., GIANNINO, P. y AVALLONE, P., 2009: *Manuale di diritto de famiglia e dei minori*, Milano: Wolters Kluwer.
- RUO, Maria 2012: "L'ascolto del minore nei procedimenti civili. Riferimenti normativi e giurisprudenziali e prospettiva della difesa", en Aprile, Ercole y Conti, Roberto (editores), *L'ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*, UNICEF, pp. 8-21.
- SANTINI, M., ROSSI, P. y VAGLIO, M., 2015: *I Diritti dei Minori. Rassegna di normativa e giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, Roma: NEU.
- TROLLER, Allois, 2009: *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, Porto Alegre: Sergio Anotnio Fabris.
- TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, 1974: "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty", *Science*, volumen 185, Nº 4157.
- VALLES, Miguel, 1999: *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*, España: Editorial Síntesis.
- VARGAS, Macarena y CORREA, Paula 2011: "La voz de los niños en la justicia de familia en Chile", *Ius et praxis*, volumen 17, Nº 1.

Normas jurídicas citadas

1. Normativa Nacional

ACTA N° 237-2014. Auto Acordado que regula la implementación de las salas Gesell.

PROYECTO de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez, Boletín N° 10.315-18.

LEY 19.968, Crea los tribunales de familia, Publicada el 30 de agosto de 2004.

2. Normativa extranjera

CONVENCIÓN sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Publicada en Chile el 27 de septiembre de 1990.

Jurisprudencia citada

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 30 de julio de 2018, rol 109-2018.

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 27 de julio de 2018, rol 865-2018.

CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 4 de julio de 2018, rol 475-2018.

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 1 de julio de 2018, rol 216-2018.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de mayo de 2018, rol 3638-2017.

CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 1 de febrero de 2018, rol 917-2017.

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 14 de octubre de 2014, rol 585-2014.

