ESTUDIOS DE DERECHO FAMILIAR

DIRECTOR

CRISTIÁN LEPIN MOLINA

COMITÉ EDITORIAL

GRACIELA MEDINA

Universidad de Buenos Aires, Argentina

ENRICO AL MUREDEN

Universidad de Bolonia, Italia

HUGUES FULCHIRON,

Universidad Jean Moulin Lyon 3, Francia

MIRZIA BIANCA,

Universidad La Sapienza de Roma, Italia

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE,

Universidad de Valencia, España

URSULA BASSET,

Universidad Austral, Argentina

JIMENA PINTO SALAZAR

EL NIÑO: SUJETO DE DERECHOS PROCESALES

EN LA JUSTICIA DE FAMILIA

EL DERECHO A SER OÍDO EN CHILE

Prólogo:
Isaac Ravetllat Ballesté

Eh
Editorial Hammurabi®


EditorialHammurabi

EditorialHammurabi

EditorialHammurabi

HammurabiEditor

EL NIÑO: SUJETO DE DERECHOS PROCESALES EN LA JUSTICIA DE FAMILIA
EL DERECHO A SER OÍDO EN CHILE
© Es propiedad de Jimena Pinto Salazar
Registro de Propiedad Intelectual Nº 265.159
ISBN: 978-956-6022-30-5
Tiraje 300 ejemplares 1ª Edición, Julio 2019
Editorial Hammurabi®
Editor: Manuel Alvarez Cabello
Teléfono: +56955258948
Correo electrónico: manuel.alvarez@editorialhammurabi.com
Sitio web: www.editorialhammurabi.com
Portada y diagramación: Editorial Hammurabi
Impresión: Impreso en Gráfica LOM

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE
Impreso en gráfica Lom
Gráfica LOM sólo actúa como impresor



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son responsabilidad exclusiva del autor)

A mi familia, por su amor y compañía

Índice

Abreviaturas 13
Prólogo 15
Introducción 19

CAPÍTULO PRIMERO
REGULACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS, POR SÍ, EN LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO

1. Regulación del ejercicio de los derechos 39
1.1. El "niño" como sujeto de derecho 44
1.1.1. El peso valórico de la dignidad 46
1.1.2. El criterio de la edad 51
1.1.2.1. Ambivalencia del extremo inicial 51
1.1.2.2. El umbral de los dieciocho años 65
1.2. Contenidos materiales y formales del derecho a participar en los procesos judiciales que lo afecten, en la convención de derechos del niño 70
1.2.1. Artículo 3. Interés superior del niño 70
1.2.1.1. Consideraciones iniciales en torno al interés superior. La especial protección del niño 71
1.2.1.1.1. El desarrollo del niño 72
1.2.1.1.2. La garantía del Estado 73
1.2.1.1.3. Los estándares exigibles 74
1.2.1.2. El interés superior del niño 74
1.2.1.2.1. La garantía de los derechos del niño 76
1.2.1.2.2. Estándares de la garantía del Estado en el ámbito público 76
1.2.1.2.3. Introducción del derecho del niño a expresar su parecer 80
1.2.1.2.4. Las responsabilidades en el bienestar del niño 81
1.2.1.2.5. Estándares de la garantía del Estado en el ámbito privado 83
1.2.2. Artículo 4. La implementación de los derechos en la CDN 86
1.2.2.1. De la intención a la acción 87
1.2.2.1.1. Trazos preliminares de la implementación de los derechos 87
1.2.2.1.2. La identificación de la garantía del Estado 90
1.2.2.1.2.1. La operatividad de los temas sustantivos de la Convención 91
1.2.2.1.2.2. La decodificación del imperativo del artículo 4: la máxima extensión de sus recursos disponibles en el derecho a ser oído .. 94
1.2.3. Artículo 5. Guía parental y desarrollo progresivo 97

1.2.3.1. Protección del niño, responsabilidad compartida de los padres, la familia y el estado 98
1.2.3.2. De garantía a respeto. Derechos de los niños - derechos de los padres, un delicado equilibrio 100
1.2.3.3. El ejercicio por el niño de sus derechos, una responsabilidad ampliamente compartida 102
1.2.3.4. La autonomía en perspectiva. El caso francés 103
1.2.3.5. La evolución de las capacidades, la justificación ético jurídica del derecho a ser oído 109
1.2.4. Precedentes del derecho a ser oído consagrado en la Convención de Derechos del Niño 112
1.2.5. Artículo 12. Contenidos del respeto al parecer del niño en la historia fidedigna de la Convención de Derechos del Niño 118
1.2.5.1. La garantía del Estado en torno a la libre, eficiente y eficaz expresión y manifestación de la voz del niño: "los Estados garantizarán al niño" 119
1.2.5.2. El derecho a expresar el parecer 124
1.2.5.3. Expresión efectiva 125
1.2.5.4. Extensión del derecho 126
1.2.5.5. Valor del parecer del niño 127
1.2.5.6. Concreción del derecho a expresar el parecer 129
1.2.5.7. Ejercicio del derecho a expresar el parecer 131
1.2.5.8. Autonomía y representación 132
1.2.5.9. Cláusula de consonancia con el procedimiento interno en el plano legal 134
1.2.6. Derecho del niño a ser oído. Un derecho de participación 151
1.2.6.1. Derecho de participación 151
1.2.6.2. Derecho de participación en justicia 156
1.2.6.2.1. Doble preparación 156
1.2.6.2.2. Audiencia 156
1.2.6.2.3. Evaluación de la capacidad del niño 157
1.2.6.2.4. Comunicación de la consideración otorgada a la opinión del niño 157
1.2.6.2.5. Quejas, vías de recurso y desagravio 157
1.2.6.3. Participación en justicia: la significación amplia de derecho a defensa jurídica 159
1.2.6.4. Convención Europea para el Ejercicio de los Derechos del Niño . 161
1.3. Recepción del interés superior del niño y su derecho a ser oído en los tribunales internacionales 165
1.3.1. Control jurisdiccional supranacional de la Corte interamericana de derechos humanos 167
1.3.2. Contrastes en la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos 175

1.3.3. Interés comunitario e interés superior del niño en la jurisprudencia del tribunal de justicia de Luxemburgo 181

CAPÍTULO SEGUNDO

REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL NIÑO EN LA JUSTICIA DE FAMILIA CHILENA

1. Regulación de la participación del niño 191
1.1. Algunos factores de la historia del derecho con influencia en el marco legislativo vinculado con la infancia 191
1.1.1. Lineamientos generales sobre la "legislación de menores" en Chile . 194
1.1.1.1. Alcances sobre la influencia de la doctrina de la "situación irregular del menor" en el régimen legislativo 199
1.1.1.2. Ley de menores versus legislación civil de familia 204
1.1.1.3. Reflejo de los intereses predominantes de la legislación civil de familia, en la situación de los niños ante la adopción 210
1.1.1.4. Tribunales de menores, generalidades desde lo orgánico, la competencia y los procedimientos 214
1.1.1.5. Inconsistencias del régimen procesal de los tribunales de menores dentro del modelo de protección o asistencial 217
1.1.1.5.1. Inconsistencias de la legislación procesal respecto al acceso de los menores ante la justicia, en relación a la capacidad o autonomía y el derecho a ser oído 223
1.1.1.5.2. Jurisprudencia excepcional en relación al interés del niño y su derecho a ser oído, en el procedimiento ordinario 226
1.1.1.6. Contrastes entre la doctrina de la situación irregular del menor y el "programa de acción" de la protección integral del niño 227
1.1.1.7. Inconsistencias de la administración del Estado en protección de la infancia 232
1.1.1.8. Generalidades sobre protección integral de los niños en España ... 239
1.2. Implementación de la justicia de familia 242
1.2.1. Gestión de los Tribunales de Familia. Perspectiva general 244
1.2.1.1. Estadísticas generales de los Tribunales de Familia 246
1.2.1.2. El derecho a ser oído en el sistema estadístico del Poder Judicial ... 247
1.2.2. Estado actual de la discusión en Chile sobre el valor e influencia del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño 255
1.3. El valor del derecho a ser oído y la trascendencia de su constitucionalización 261
1.3.1. El derecho fundamental del niño al ejercicio de sus derechos ante la justicia 269
1.3.1.1. Protección especial del respeto al parecer del niño: una cuestión de justicia substancial 273
1.3.1.2. Protección especial del respeto al parecer del niño: garantía del debido proceso en todas las materias 281
1.3.1.3. Protección especial del respeto al parecer del niño en la legalidad del juzgamiento 282

1.3.1.4. Protección y tutela específica del niño y sus derechos 284
1.3.1.5. Derecho de defensa letrada 285
1.3.1.6. Dispositivos del derecho a ser oído en el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador. Un prototipo en la Región 291
1.3.2. Congruencia entre el ejercicio del derecho a ser oído y la garantía del Estado 295
1.4. Gestión del tribunal, inmediación y oralidad desde las estadísticas 302
1.5. Intervención del niño en los procedimientos que le conciernen 304
1.5.1. Procedimiento ordinario 309
1.5.2. El procedimiento aplicable a los actos no contenciosos 319
1.5.3. De la mediación familiar 325
1.6. Participación del niño en los procesos en que es parte 334
1.6.1. Procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes 335
1.6.1.1. La potestad cautelar sustentada en la identificación del interés superior del niño, en concreto 337
1.6.1.2. La potestad cautelar de ejecución, cumplimiento y fiscalización de las medidas adoptadas 338
1.6.1.3. La potestad cautelar a través del ejercicio de los derechos procesales del niño 343
1.6.1.4. Sintonía entre el derecho a ser oído y la naturaleza jurídica de la potestad cautelar 344
1.6.2. Procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar 349
1.6.2.1. Reporte entre el respeto de las garantías y el procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar 351
1.6.3. Procedimiento contravencional ante los Tribunales de Familia 352
1.6.4. Procedimientos de adopción 368
Bibliografía 379