

C.A. de Concepción

irm

Concepción, veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho.

VISTO:

En cuanto a la apelación de la resolución que no dio lugar al incidente de nulidad de lo obrado:

Se reproduce la resolución en alzada, a excepción de su considerando 3º, que se elimina.

Se tiene en su lugar y, además, presente:

1º.- Que don José Eduardo Vidal Burgos, abogado por doña [REDACTED] y don [REDACTED], denunciados, deducen recurso de apelación en contra de la resolución de 30 de mayo de 2018 que no dio lugar al incidente de nulidad de lo obrado, solicitando que se revoque y se dé lugar al incidente. Asimismo apela de la sentencia de 3 de mayo de 2018 que decretó la intervención de los menores a través de un Programa de Reparación de Maltrato, entre otras medidas. Fundado, esta vez, en que la sentencia fue dictada vulnerando el ejercicio de la defensa de los denunciados.

2º.- Que la apelación de la nulidad se funda, en síntesis, en que la sentencia desechó el incidente de nulidad por cuanto estimó que los padres habrían llegado a un “acuerdo Colaborativo”, cuando lo que en realidad ocurrió, fue que fueron presionados por la magistrada del Tribunal de Familia de Tomé, accediendo a reconocer responsabilidad y pedir perdón por hechos que desconocían, con el solo afán de poner término a toda la situación que había descompensado a la familia y vulnerada la tranquilidad que gozaba sus hijos, con las rondas periódicas de Carabineros. Todo este esfuerzo y sometimiento de los padres, careció de toda significación cuando se enteraron por medio de sus hijos, que ellos también habían sido presionados para admitir que habían sido maltratados. El fundamento del fallo que rechazó la incidencia reside en que habría existido un acuerdo colaborativo de los padres, lo que fue forzado por las circunstancias antes referidas.

3º.- Que se debe tener presente para una acertada decisión los siguientes hechos:

a) Que esta causa se inició por denuncia de Carabineros de la Primera Comisaría de Tomé, con fecha 28 de febrero de 2018, donde se presentó [REDACTED] exponiendo: *“Que en la parte posterior de su domicilio, colinda con la propiedad de la familia [REDACTED], lugar donde viven dos hermanos, a los cuales conoce como Johana y Cristian, ignora mayores antecedentes y desde el año 2017, la denunciante ha escuchado a los hijos del Cristian llorar, debido a que su madre los agrede físicamente y los insulta con palabras groseras, siendo el último episodio el día de ayer martes 27 de febrero, del actual, siendo las 14:00 horas aproximadamente, en circunstancias que la denunciante se encontraba en su domicilio, salió al patio a sacar unas verduras, momentos en que escuchó como uno de los hijos del Cristian lloraba y gritaba, debido a que su madre lo estaba maltratando físicamente y le decía que se callara, instante que sintió un fuerte golpe y el niño dejó de llorar, ante esto la denunciante concurrió en forma inmediata al domicilio de esta persona, entrevistándose con Johana, hermana de Cristian, a quien le manifestó que la esposa del Cristian, estaba agrediendo a su hijo y sintió un fuerte golpe y*

EXJNGSXJG



el niño dejó de llorar, hecho que la dejó preocupada, por lo que iba a llamar a Carabineros, respondiéndole Johana a la denunciante “Vecina por favor no llame a Carabineros yo voy hablar con ella”

b) Que los menores de 3, 6, y 12 años de edad, fueron trasladados al Servicio de urgencia del Hospital de Tomé, lugar donde fueron atendidos por el médico de turno, quien diagnosticó a los menores sin lesiones, conforme al certificado médico que se adjuntó al parte policial.

c) Que en la audiencia preparatoria del tribunal la Curadora Ad Litem y la Consejera Técnica sugirieron una solución colaborativa en relación a un ingreso a un programa PPF de la comuna de Tomé.

4°.- Que previamente a la audiencia preparatoria, la magistrada realizó una audiencia reservada con los menores de 3, 6 y 12 años de edad, advirtiéndose deficiencias en el registro de audio por el bajo volumen en que fue grabado, lo que sin impedir su audición, la dificultó.

5°.- Que respecto del menor de 6 años, no se indica la fecha ni la hora ni las personas que intervienen, pero en el transcurso de la misma se infiere que es la jueza, la curadora Ad Litem y el menor de 6 años.

6°.- Que en relación al menor de 12 años de edad, y dado al carácter reservado de sus declaraciones, en lo pertinente, el menor negó en todo momento el maltrato de los tres hermanos, y en lo que interesa la magistrada le realizó las siguientes preguntas fundándola de la siguiente forma:

“tú estás en un tribunal, eso es lo primero que te voy a decir, no puedes mentir y segundo si estamos con Prisilla acá es para ayudar, todos estos dibujos que tú ves acá son de niños que al igual que tú han venido a conversar con nosotros, ¿has visto las noticias todas las cosas que están pasando?, que a la Ámbar la mataron, la violaron, era una guagüita chiquitita y fue la familia la que hizo eso, así que se descontrolan y hacen cosas terribles, a esa niñita le pegaron tanto que la mataron y la violaron a otras niñitas anteriormente que les ha pasado lo mismo, por eso es tan grave y por eso los vecinos cuando escuchan gritos y llantos tienen que denunciar, imagínate fuera así que uno escucha gritos y llantos uno dice no importa y después al otro día el niño amanece muerto y yo no le avise a los carabineros. Entonces, (parte inaudible), y lo otro en una familia que pasan estas cosas tiene que decirlo, al profesor, a los carabineros, al doctor, al juez. Entonces yo sé que en tu casa pasan esas cosas, no necesitas decirme que no, porque yo sé que si pasan.”

Al insistir el menor que **“yo no estoy mintiendo”**, la magistrada responde:

“lo que yo tengo al menos es otras cosas, entonces sabes lo que pasa, viste esa niñita la Ámbar que te acabo de contar que murió y la violaron y los vecinos llegaron tarde, si los vecinos hubieran denunciado esa niñita estaría viva, hay otra señora en el sur que le sacaron los ojos, ¿recuerdas tu eso?, ¿escuchaste tu eso?, Sí, hay violencia dentro de la familia y hay que parar la violencia, si la violencia no está bien, aunque los niños se porten pésimo, pésimo, no hagan las tareas, ensucien dejen su pieza desordenada, eso no implica que los papás le puedan pegar, nunca les pueden pegar, hay otras maneras de hacer entender a los niños, yo también tengo hijos, aunque se porten mal yo no les voy a pegar y todos los niños en algún momento se portan mal, ¿ya?, igual que si tú tuvieras un perrito y tú le estás enseñando, ese perrito no le puedes pegar cuando no obedece.”



7°.- Que resulta evidente que en la forma que la magistrada realizó las preguntas transcritas son de naturaleza sugestiva y atemorizante, sobre todo que se formulan a un menor de edad, lo cual tiende a provocar una respuesta afirmativa basadas en afirmaciones previas que le sirven de sustento al juez que las hace, sugiriendo de esta manera de parte del menor de una única respuesta dirigida, destinada a que este efectivamente reconozca que fue maltratado, sin descartar que se le pudo haber infundido miedo al menor. *“Una pregunta dirigida, sesgada, sugestiva o tendenciosa es una pregunta que sugiere la respuesta o que da por sentado hechos que están en disputa.”* ([http://files.unicef.org/argentina/spanish/protección. Guía Buenas Prácticas web.pdf](http://files.unicef.org/argentina/spanish/protección_Guía_Buenas_Prácticas_web.pdf). Guía buenas prácticas UNICEF.)

8°.- Que interesante resulta destacar las opiniones de diversos autores e instituciones sobre este punto, en especial a lo que se refiere a la manera que se debe desarrollar la entrevista cuando se trata de niños y niñas, el riesgos de que en la entrevista se produzca una victimización secundaria que puede llevar a un maltrato del menor, la existencia de juicios de valor, el cuestionamiento de la credibilidad del menor, el entorno intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad, etc.

Al respecto se ha dicho:

“Las entrevistas de cualquier naturaleza poseen siempre una serie de elementos necesarios y constantes, sin importar el contexto o motivo de la misma. La forma en que se desarrolle la entrevista dependerá exclusivamente del contexto o motivo por el que se convoca a dicha actividad. En el caso de aquellas entrevistas de naturaleza jurídica se requiere de ciertos cuidados y precauciones, considerando especialmente que dichas entrevistas son realizadas a niños, niñas y adolescentes. (Derechos de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los tribunales de familia: Guía de Abordaje”, Poder Judicial, 2014)

Estas precauciones y consideraciones dicen relación principalmente, al fenómeno de la victimización secundaria y la carga emocional que conlleva el paso de un niño, niña y adolescente por una instancia judicial de cualquier tipo. (Derechos de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los tribunales de familia: Guía de Abordaje”, Poder Judicial, 2014)

La victimización secundaria corresponde al término originalmente acuñado por Hans- Heiner Kuhne para referirse a las consecuencias psicológicas, sociales y/o físicas de índole negativa que experimentan las víctimas y que se derivan del suceso delictivo o vulneración inicial, ya sea por el paso por el sistema judicial, como también a partir de la respuesta deficitaria del medio social del sujeto (Chana, López y Vilas, 2002)

Los factores que influyen para que se desarrolle un ambiente de maltrato y/o re victimización en un ambiente judicial, han sido identificados por diferentes estudios (Gutiérrez de Piñeres, Coronel y Pérez, 2009), dentro de los que se destacan:

La existencia de juicios de valor de los profesionales respecto de las situaciones de vulneración y de los roles de género.

La narración de la situación de la vulneración de la víctima, donde se cuestiona su credibilidad y se culpabiliza a esta de su propia victimización, especialmente cuando se justifica el actuar y/o se otorga una responsabilidad de la víctima en la situación de transgresión entre otros.”

La entrevista debe ser entendida como un dialogo entre el niño, niña o adolescente y su entrevistador, cuyo fin será precisamente “procurar



recoger la opinión del niño, respecto de la situación familiar por la que atraviesa, indagando sobre sus deseos, temores y expectativas, de modo tal que el juez pueda considerar esta opinión al momento de fallar "(Couso, 2006, p.7). En ningún caso debe transformarse este dialogo en un interrogatorio, donde el juez asume un rol de investigador y el niño de informante (Vargas, Correa, Barros y Cerda, 2009)

La observación general N°12 del comité de los derechos del niño de la ONU, consigna "No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la tramitación de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunales la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas (ONU, 2009, P.12)"

9°.- Que lo anterior reviste mayor gravedad y trascendencia si en la misma audiencia participó en defensa de los derechos de los menores la curadora ad litem, quien frente a las preguntas formuladas antes consignadas, ninguna insinuación siquiera hizo en defensa de los derechos del menor, dejándolo en la indefensión. Se debe tener presente que por expresa disposición del artículo 19 que de la Ley que crea los Tribunales de Familia, en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez designará a un abogado al efecto y la persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la Ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales.

Todo ello, desde luego, es para garantizar y velar por la defensa de los intereses y derechos que les corresponden a los menores.

10°.- Que la legislación de familia contempla el derecho que el menor debe ser oído, así se desprende especialmente del artículo 16 que ordena: "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a 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.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

Este principio ha sido trasgredido, si las preguntas formuladas al menor no fueron idóneas, con características sugestivas, atemorizantes e impropias.

11°.- Que resultan plausibles los argumentos dados por el letrado en su apelación, en cuanto sostuvo que con posterioridad a la audiencia, el menor de 12 años, manifestó a sus padres: "La jueza jugó con mi mente, porque me dijo que no mintiera porque ella sabía que sus padres los castigaban porque muchas personas se lo habían dicho". Lo anterior, como



EXJNGSXYJG

se dijo, es plausible, en razón a que en la audiencia reservada asistieron solamente el menor, la magistrada y la curadora ad litem, en ausencia de sus padres y abogado recurrente defensor de estos últimos.

12°.- Que, en este orden de ideas, la resolución adoptada por la magistrada en la audiencia preparatoria de fecha 3 de mayo de 2018 en el sentido de aplicar la medida de protección de ingreso a los niños al programa PRM Refugio Esperanza de la localidad de Tomé, para que se realice una intervención, al estar fundada en la audiencia reservada del menor en el contexto irregular anteriormente descrito y con el convencimiento de que los menores habían sido maltratado, entonces, su decisión en estas condiciones se encuentra viciada, como quiera que han sido vulnerados, el derecho de ser oído válidamente el menor, el derecho de defensa -garantía constitucional del debido proceso- y uno de los pilares fundamentales de la protección de los menores, esto es, el interés superior del niño.

13°.- Que, de esta manera, la audiencia es nula y la sentencia allí dictada, debiendo el juez no inhabilitado que corresponda tomar una nueva audiencia y previamente la designación de un curador ad litem, que resguarde efectivamente los derechos de los menores y continuar con su tramitación hasta su término.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia.

SE REVOCA la resolución de treinta de mayo de dos mil dieciocho, que no dio lugar al incidente de nulidad de la audiencia preparatoria de 3 de mayo del año en curso, y en su lugar se declara que éste queda acogido, retrotrayendo la causa al estado que el juez no inhabilitado que corresponda cite a una nueva audiencia preparatoria y continúe con su tramitación hasta su término, debiendo previamente ordenar la designación de un nuevo curador ad litem, para que resguarde efectivamente los derechos de los menores.

Atendido lo resuelto precedentemente, donde ha quedado sin efecto la sentencia apelada de 3 de mayo que aplicó la medida de protección a los menores, resulta innecesario pronunciarse sobre la apelación de la misma.

Redacción del Ministro Jaime Simón Solís Pino.

Regístrese y devuélvase por la vía que corresponda.

No firma fiscal judicial Sra. María Francisca Durán Vergara, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse con permiso y ausente.

Rol N°356-2018-familia y acumulada rol n°357-2018-familia.

EXJNGSXJG



Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Concepción integrada por Ministro Jaime Solís P. y Ministro Suplente Selin Omar Figueroa A. Concepción, veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho.

En Concepción, a veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.