

# Entre la autonomía progresiva y el interés superior del niño y de la niña

Una mirada holística a los derechos de la niñez y la adolescencia

Juliana Díaz Pantoja



Red de Universidades por  
la Infancia y la Adolescencia



**CÁTEDRA** DE INFANCIA  
Y ADOLESCENCIA  
UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE VALÈNCIA

# Entre la autonomía progresiva y el interés superior del niño y de la niña

## Una mirada holística a los derechos de la niñez y la adolescencia

**Juliana Díaz Pantoja**

IX Premio de investigación sobre la infancia y la adolescencia otorgado por  
la Cátedra de infancia y adolescencia de la Universitat Politècnica de València  
y la Red de Universidades por la Infancia y Adolescencia

Citar como:

Díaz Pantoja, J. (2023). *Entre la autonomía progresiva y el interés superior del niño y de la niña: una mirada holística a los derechos de la niñez y la adolescencia*. Valencia: edUPV

Esta obra ha sido galardonada con el IX Premio de investigación sobre la infancia y la adolescencia otorgado por la Cátedra de infancia y adolescencia de la Universitat Politècnica de València y la Red de Universidades por la Infancia y Adolescencia.

Director: Vicente Cabedo Mallol

Autora: Juliana Díaz Pantoja, *Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins*.

edUPV, 2023

Venta Telf.: 963 877 012 / [www.lalibreria.upv.es](http://www.lalibreria.upv.es)

Ref.: 6371\_01\_01\_01

Diseño y maquetación: Enrique Mateo | Triskelion disseny editorial

ISBN: 978-84-1396-079-1 (versión electrónica)

ISBN: 978-84-1396-078-4 (versión impresa)

Depósito Legal: V-456-2023



Se permite la reutilización y redistribución de los contenidos siempre que se reconozca la autoría y se cite con la información bibliográfica completa. No se permite el uso comercial ni la generación de obras derivadas

## RESUMEN

Tradicionalmente, y desde una visión limitada, los principios de autonomía progresiva e interés superior del niño/a son vistos como exigencias contrapuestas. Así, mientras la autonomía progresiva requiere la promoción progresiva de la participación de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos, el interés superior del niño/a demanda una garantía de protección reforzada, derivado de su calidad de sujetos en desarrollo. Aunque dichas exigencias aparecen en principio como contrapuestas, lo cierto es que, desde una mirada holística de sus distintas manifestaciones, su relación resulta complementaria y armónica.

# ÍNDICE

1. Introducción .....	1
2. Interés superior del niño/a .....	5
2.1 Naturaleza jurídica del interés superior del niño/a .....	9
2.2 Dotando de contenido al interés superior del niño/a .....	14
2.3 Estadios en los que actúa el interés superior del niño/a.....	19
3. Autonomía progresiva.....	41
3.1 Breves consideraciones sobre la teoría del desarrollo evolutivo de Piaget, Inhelder y Kohlberg.....	44
3.2 De los factores que exige considerar la autonomía progresiva.....	56
3.3 Manifestaciones de la autonomía progresiva .....	61
4. Comentarios finales.....	73
Bibliografía.....	77

# 1. INTRODUCCIÓN

El cambio paradigmático provocado a partir del advenimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño/a (en adelante, CDN), que además de brindar mayor precisión a los derechos incorporados en instrumentos precedentes,<sup>1</sup> propició el cambio de la doctrina de la “situación irregular” hacia la doctrina de la “protección integral” en la que los NNA dejan de ser tratados como objetos pasivos de tutela y protección para abrir paso a la idea los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) como sujetos titulares de derechos.<sup>2</sup>

La CDN permitió extender la ciudadanía a los NNA entendida como el *derecho a tener derechos*, de tal forma que sus intereses se transforman en verdaderos derechos que operan como límite y orientación de comportamiento de los padres, la sociedad y el Estado.<sup>3</sup> Con la Convención deviene entonces un giro trascendental en la tradicional concepción de la minoría de edad, que provoca una importante redefinición no solo de la situación existencial y jurídica de los NNA en el ámbito privado y

---

<sup>1</sup> Tales como la Declaración de Ginebra de 1924, primer instrumento internacional sobre los derechos de los NNA, el cual giraba en torno a dos principios fundamentales: no discriminación y protección en su calidad de ser en desarrollo, instrumento que, pese a su relevancia, no ostentaba carácter vinculante. Posteriormente, la Declaración de los Derechos del Niño/a de 1959, que incorpora de forma expresa el ISDN como consideración fundamental de la actividad legislativa, y como principio rector en materia de educación y orientación, instrumento que también carecía de fuerza vinculante. Entonces, si bien los mencionados instrumentos internacionales pusieron el acento sobre las necesidades específicas de los NNA, se revelaron insuficientes por dejar de lado los instrumentos que potenciaran su autonomía y, como advertimos, carecer de fuerza vinculante. Valero (2009), pp. 38-39.

<sup>2</sup> Castro y Hernández (2010), p. 65.

<sup>3</sup> Cillero (1998), pp. 50-52. Por su parte, Freeman reconoce la necesaria atribución de los derechos a los NNA, relevando su importancia al considerar que “quienes carecen de derechos son como esclavos, medios para los fines de otros, y nunca soberanos de su propio bien. Aquellos que puedan reclamar derechos, o para quienes otros pueden reclamarlos, tienen una precondition necesaria de humanidad, de integridad de individualidad, de personalidad”. Freeman (2006), p. 258.

público, sino también de las instituciones de protección que se dotan a su favor.<sup>4</sup>

Es precisamente una de las principales virtudes de la CDN la de equiparar la titularidad de derechos en la infancia y en la adultez, lo cual, se reitera, implica otorgar a la infancia la calidad de sujetos de derechos humanos y civiles, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos, en función de su edad y madurez y de la salvaguarda de las facultades de sus padres y cuidadores.<sup>5</sup>

En este sentido, Freeman reconoce que “una teoría plausible de los derechos necesita tomar en cuenta no solo la igualdad sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes”.<sup>6</sup> El reconocimiento de la integridad moral de los NNA exige tanto el reconocimiento de los derechos como la de su autonomía para decidir cómo ejercer los derechos que se les reconoce.

Ciertamente con el reconocimiento de la titularidad de los derechos a los NNA, viene aparejado uno de los más grandes desafíos, correspondiente a la necesaria atribución de capacidad para ejercerlos, situación que entronca directamente con los principios de interés superior del niño/a (en adelante, ISDN) y autonomía progresiva incorporados en la CDN.

No obstante la vitalidad de los principios mencionados, lo cierto es que derivado de su carácter indeterminado, así como por los desafíos

---

<sup>4</sup> Valero (2009), pp. 41-43.

<sup>5</sup> Correa y Vargas (2011), p. 179. Ver también Vivas (2019), pp. 248-249.

<sup>6</sup> Freeman (2006), p. 268. No obstante, Bácares advierte que en el estado del arte de los derechos de los NNA se mantiene una tendencia bibliográfica negacionista de sus derechos -junto a una tendencia oficialista y contraoficial-. En la tendencia negacionista “sobresalen los textos que indican que los NNA no pueden tener derechos o, en su defecto, que tienen que ceder su titularidad a un adulto por su vulnerabilidad, irracionalidad e incapacidad”. Bácares (2020), pp. 473 y ss.

que representan al derecho, su definición y margen de aplicación está lejos de ser pacífica. Es en este contexto, que la presente investigación tiene como objetivo analizar la naturaleza, el contenido y las distintas manifestaciones de cada uno de los principios, así como la forma en la que se interrelacionan.

Habida consideración de los objetivos que nos hemos planteado y para un adecuado orden y comprensión, la presente investigación se ha dividido en tres capítulos. El primer capítulo, aborda la naturaleza jurídica, el contenido y los estadios en los que actúa el interés superior del niño/a. En el segundo capítulo, se establecen los principales aportes que desde la psicología se ofrecen frente al desarrollo evolutivo y que permiten comprender el tránsito de una heteronomía hacia una autonomía; acto seguido se analizan los elementos que exige incorporar la autonomía progresiva, así como sus distintas manifestaciones jurídicas. Finalmente, en un tercer capítulo de comentarios finales, se destaca la relación armónica de los principios *ut supra* mencionados.

La metodología empleada es la clásica de las ciencias jurídicas: el método dogmático jurídico que consiste en “explicar el orden jurídico tal como es, pero al mismo tiempo lo complementa y lo desarrolla al hacerlo más inteligible”,<sup>7</sup> por tanto, no está dirigido a encontrar relaciones de causalidad que es propio del método empírico.

---

<sup>7</sup> Corral (2008), p. 58.



## 2. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A

El principio de ISDN está consagrado como principio rector del derecho de la infancia y la adolescencia a lo largo de los arts. 9. 1º, 18, 20, 21, 37 y 40 de la CDN.<sup>8</sup> Principalmente se ocupa de este principio el art. 3. 1º que consagra que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

No obstante, la importancia que reviste el ISDN frente al derecho de la infancia y la adolescencia, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado,<sup>9</sup> su definición está lejos de ser unívoca y pacífica. Por tanto, se ha reconocido la ineficacia de aportar un concepto rígido sobre lo que ha de entenderse por ISDN, enfocándose por lo anterior, en determinar su naturaleza jurídica, así como algunos elementos y

---

<sup>8</sup> Otros instrumentos Internacionales que incorporan este principio son: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -1979- en su art. 5.b establece que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en la responsabilidad común de hombres y mujeres respecto de la educación y desarrollo de ellos. Igualmente, la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional -1993- indica en su art. 1 que uno de sus propósitos es «establecer salvaguardias que permitan garantizar que las adopciones internacionales se lleven a cabo en beneficio del niño y respetando sus derechos fundamentales conforme le son reconocidos por el Derecho Internacional». En el contexto regional encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su art. 17, indica que, en caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse las medidas para asegurar “la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

<sup>9</sup> No obstante, el carácter indeterminado asignado al ISDN es cuestionado por Muñoz cuando afirma que el ISDN no es indeterminado cuando se le aplican las reglas de interpretación propias de los tratados, “que le otorgan un sentido bastante claro, pese al grado de indeterminación propio de todo lenguaje, el que no afecta de la misma manera en todos los casos, por ello la doctrina distingue entre casos fáciles y casos difíciles, en los cuales se constatan grados diferentes de indeterminación”. Muñoz (2020), p. 538.

funciones que permitan dotarle de un cierto contenido, cuestiones que, en todo caso precisan ser contextualizadas. Más allá de su definición, lo relevante parece ser la protección efectiva del ISDN, esto es, las condiciones necesarias para lograr el desarrollo integral del cada NNA en particular.<sup>10</sup>

Sin perjuicio de ello encontramos algunos intentos de aproximación. Así, desde una primera postura doctrinal se asume al ISDN como una noción abstracta, que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de sus propias convicciones, experiencias y sentido común desde los datos que las partes ofrecen.<sup>11</sup> Sin embargo, cierto es que el ISDN no puede generarse ya desde una visión adultocentrista, sin considerar las circunstancias particulares de sus verdaderos protagonistas, que no son otros que los NNA. En tal medida, las consideraciones de los adultos sobre el ISDN no deben primar sobre el imperativo de respetar los derechos consagrados en su favor.

Una segunda postura considera al ISDN como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales y que está orientado a la protección de los NNA y su libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, Roca señala que “el concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad, del problema de la protección de los derechos fundamentales en general”.<sup>12</sup> En un sentido similar, Sardegna concibe al ISDN como aquel imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral de todos los derechos humanos de las personas menores de edad.<sup>13</sup> Por su parte, López considera que el contenido esencial ISDN refiere a la

---

<sup>10</sup> Así lo advierte Acuña cuando afirma que la búsqueda de un significado del ISDN es contraria a su esencia, reflejando una profunda contradicción con la finalidad que la propia Convención le otorga. Acuña (2019), p. 26.

<sup>11</sup> Sánchez (1999), pp. 304 y ss.; Seijas (1997), pp. 628 y ss.

<sup>12</sup> Roca (1999), p. 220.

<sup>13</sup> Sardegna (2012), p. 72.

garantía y protección integral de sus derechos fundamentales para fomentar el libre desarrollo de su personalidad.<sup>14</sup>

Si bien esta postura reclama la exigencia de la protección integral de NNA, se presenta un tanto limitada por cuanto abarca los derechos considerados como fundamentales, pero el ISDN ostenta una esfera más amplia de protección –aun cuando su fuerza sea distinta según los derechos que afecte–.<sup>15</sup> Ciertamente, de conformidad con el art. 3 de la Convención, este interés actúa en todas las medidas concernientes a los niños/as, cualquier medida y no solo las atinentes a sus derechos fundamentales, incluyendo toda decisión, servicio, conducta, propuesta, procedimiento y demás iniciativas.<sup>16</sup>

Desde una postura más amplia, se reconoce que el interés superior del niño/a no se agota en los aspectos jurídicos, por lo que no puede verse como algo abstracto desconociendo la realidad humana que lo soporta y lo justifica. Por tanto, Ravetllat reconoce que no puede prescindirse de la referencia a otros aspectos extrajurídicos que resultan fundamentales, tales como la felicidad, el bienestar, el equilibrio emocional y afectivo, que puedan contribuir al desarrollo de su personalidad.<sup>17</sup> Así, como afirma Aguilar, diversos son los elementos que incorpora el ISDN, a saber, “la dignidad del ser humano; las características propias de los niños/as o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño/a; la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños/as, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.<sup>18</sup> En definitiva, como afirman Asensio y Romero, el ISDN no solo hace

---

<sup>14</sup> López (2015), p. 56.

<sup>15</sup> Rivero (2007), p. 28.

<sup>16</sup> Comité de derechos del niño/a- Observación General No. 14 (2013), párr. 17, 18; De la Valgoma (2013), p. 84. También Sánchez reconoce que el objetivo del ISDN es garantizar los derechos del NNA y su desarrollo integral, por lo que todos los derechos, sean estos presentes, futuros, civiles, económicos, sociales y culturales, forman parte de su interés superior. Sánchez (2017), p. 57.

<sup>17</sup> Ravetllat (2012), p. 96.

<sup>18</sup> Aguilar (2008), p. 245.

referencia a elementos materiales, sino también y principalmente a los elementos morales, afectivos y psicológicos, que son precisamente los que mayor dificultad de concreción representan.<sup>19</sup>

Finalmente, se advierte una postura que reclama la diferencia entre la protección y cumplimiento de los derechos reconocidos a los NNA y la exigencia de prevalencia del interés que exige el ISDN. En este sentido, Muñoz advierte una relación de género y especie, en la que el deber de respetar los derechos humanos y cumplirlos de buena fe es el género, y el deber de dar primacía a los intereses es la especie. En este sentido:

una es la obligación de respetar los derechos humanos derivada de la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos y la observancia del principio de buena fe en su cumplimiento (...) y otra la prescripción de dar primacía al interés del niño, lo que ciertamente, significa en la práctica que prime su derecho y se respete.<sup>20</sup>

Si bien las aproximaciones al ISDN son disímiles, es plausible extraer como común denominador, la existencia de un sentido de protección de los derechos de los NNA de forma tal que permitan satisfacer sus necesidades y el desarrollo de su personalidad, que en todo caso se genera a partir de una cláusula indeterminada.

---

<sup>19</sup> Asensio (2012), p. 48. Al efecto, Romero, advierte que “es indudable que el [ISDN] no solo hace referencia a los factores o elementos materiales, sino también y muy especialmente a factores y elementos morales, afectivos, psicológicos, todos ellos de difícil determinación en cada relación jurídica concreta”. Romero (2014), p. 39.

<sup>20</sup> Muñoz (2020), p. 537.

## 2.1 Naturaleza jurídica del interés superior del niño/a

En cuanto a la naturaleza jurídica del principio de ISDN, el Comité de Derechos del Niño/a mediante la Observación General No. 14 le asigna una triple naturaleza,<sup>21</sup> en tanto:

- a. Derecho sustantivo: el referido interés debe ser una consideración primordial que se atenderá en todas las decisiones que afecten a un NNA o grupo de NNA. Se desprende entonces un carácter relacional del ISDN que opera cuando entra en conflicto con otros intereses, caso que debe resolverse ponderando los derechos de los NNA de manera prioritaria. Su configuración como derecho subjetivo conlleva a su aplicación directa e inmediata que puede invocarse ante los tribunales, teniendo en cuenta además que es de imperativo cumplimiento para los Estados, en tanto no se considera un objetivo social deseable, sino que se impone como obligación. En definitiva, esta dimensión del ISDN lleva a considerarlo, como lo hace Sánchez, como un derecho específico de los NNA orientado a proteger sus derechos.<sup>22</sup>
- b. Principio jurídico interpretativo fundamental: en consecuencia, el ISDN permea a todas las materias que se refieren a la niñez y adolescencia, y reclama que cuando una norma admita más de una interpretación, se deba elegir aquella que mayor satisfacción

---

<sup>21</sup> Comité de derechos del niño/a- observación general No. 14 (2013), párr. 6. En este sentido, Cillero había previamente asignado la triple función del ISDN al establecerlo como "una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática". Cillero (2007), p. 141.

<sup>22</sup> Sánchez (2017), p. 54.

genere al interés superior del niño/a. El ISDN es un principio estructural en la esfera del orden jurídico que impone a los Estados el deber de velar porque la normativa interna proteja y beneficie a los niños/as de la mejor manera posible.<sup>23</sup>

A mayor abundamiento, el ISDN se instaura como un principio interpretativo limitativo de las restricciones a los derechos de NNA. Así lo ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, en la que dispone que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el interés superior del niño”.<sup>24</sup>

- c. Norma de procedimiento: lo que exige la consideración de las posibles repercusiones que pueda tener una medida o decisión sobre los derechos de los NNA y que en todo caso no puede generarse al margen de procesos transparentes y garantías procesales que permitan concretar el interés superior en cada supuesto. Así, se desprende una necesaria interpretación holística de los derechos afectados y respecto de aquellos que se pueden afectar en una determinada decisión que involucre los intereses de NNA. Ello implica que las medidas que se adopten garanticen la mayor satisfacción de derechos y la menor restricción de los mismos, considerando no solo el número de derechos involucrados sino también la importancia relativa de los mismos.<sup>25</sup>

El ISDN como norma de procedimiento refuerza en este sentido la posición del Estado como garante de los derechos de NNA. Así lo ha contemplado la CIDH en el Caso Comunidad Indígena Yakye

---

<sup>23</sup> Aguilar (2018), p. 23.

<sup>24</sup> CIDH - Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (2018), párr. 152.

<sup>25</sup> Cillero (1998), p. 83.

Axa vs. Paraguay, al considerar que el Estado “debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”.<sup>26</sup>

Una vez advertida la triple naturaleza asignada al ISDN, se debe considerar también que la misma Observación General No. 14 reconoce que el ISDN es un “concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución”<sup>27</sup> y que al ser flexible y adaptable requiere de un análisis sobre la situación concreta y las necesidades personales de el o los NNA afectados. Este carácter indeterminado del principio de ISDN es considerado una de las principales falencias dada su vaguedad e imprecisión<sup>28</sup> y paralelamente su verdadera fuerza, en tanto el carácter abierto de la cláusula, permite su adaptación a los diferentes supuestos de hecho, así como su validez a lo largo del tiempo, en tanto admite ser interpretado de conformidad con la evolución socio-jurídica.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> CIDH -Caso Comunidad Indígena Yakye (2005), párr. 172.

<sup>27</sup> Comité de derechos del niño/a- Observación General No. 14 (2013), párr. 11.

<sup>28</sup> En este sentido, Sardegna establece “que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en aquél no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica”. Sardegna (2012), p. 72. También Tamayo hace hincapié en el problema del carácter incierto del ISDN y la arbitrariedad que provoca en las resoluciones. Cuestión que la ejemplifica en las decisiones sobre custodia, al determinar que en virtud del ISDN el juez no consideraba -en antaño- la conveniencia de la custodia compartida, mientras que paulatinamente se ha aceptado su aplicación como mejor forma de proteger el interés superior del niño/a, muestra evidente de su criterio cambiante. Tamayo (2008), p. 53. Por su parte, Rivero advierte que circunscribir la determinación del ISDN a cada caso particular “supone el desplazar la dificultad y la solución a un segundo momento, y la necesidad de una valoración puntual, por quien proceda en cada situación, según criterios imprecisos, por individuales (con cierta dosis de subjetivismo, que incorporan siempre las convicciones y experiencias personales): esto comporta –dicen algunos– no poca inseguridad jurídica para el ciudadano y para el justiciable”. Rivero (2007), p. 104.

<sup>29</sup> Borrás (1994), p. 975; De Lama (2006), p. 96; Ravetllat (2012), p. 106; Ravetllat y Pinochet (2015), p. 904; Bartolomé (2015), p. 69; Acuña (2019), pp. 19-20.

Ciertamente, el texto de la CDN no se orienta a otorgar criterios fijos para determinar lo que debe entenderse por ISDN de forma abstracta, pues tal pretensión podría implicar un desconocimiento de la pluralidad de realidades y culturas que coexisten, así como una contradicción a la esencia misma de la naturaleza indeterminada de la norma.<sup>30</sup>

Preciso es recordar que la indeterminación no es algo extraño al derecho, pues como lo advertía Hart “los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro pueda deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de los propósitos”. Precisamente el fundamento de la indeterminación en las normas jurídicas se encuentra en la incapacidad humana de anticipar el futuro, siendo la abstracción en la norma el resultado de intentar contener todas las diversas circunstancias de las relaciones humanas.<sup>31</sup>

Reconociendo la indeterminación del principio de ISDN, ello no implica que se pueda considerar como una carta abierta dejada al entero arbitrio de su intérprete.<sup>32</sup> El ISDN no permita que el juez realice una interpretación de conformidad con sus apreciaciones personales, pues como afirma Rivero exige “una valoración del supuesto de hecho de la norma, de los datos fácticos relativos al –sujeto– menor (edad, salud, situación personal...) para deducir de ellos lo que más conviene a

---

<sup>30</sup> Alston y Gilmour (1999), pp. 14-15; Ravetllat (2012), p. 106. En este sentido, reconoce de la Valgoma que la indeterminación es una característica de las normas relativas a los derechos humanos, y no solo de las normas más controvertidas, sino también de las normas más esenciales. Cuestión que se intensifica en el derecho de la infancia y la adolescencia, en el que constantemente se utilizan conceptos jurídicos indeterminados. De la Valgoma (2013), pp. 87-88.

<sup>31</sup> Hart (1961), pp. 160-164.

<sup>32</sup> De esta manera, afirma Roca refiriéndose a las resoluciones judiciales en los que se vean involucrados intereses de NNA al establecer que “no se encuentra con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que, por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad”. Roca (1999), p. 220.



ese –sujeto– menor (única solución justa)”.<sup>33</sup> Así lo advierte también Bartolomé, al afirmar que “la técnica del concepto jurídico indeterminado admite una única solución justa, y, aunque puede parecer un contrasentido, la indeterminación de su enunciado no supone algo impreciso en su aplicación”.<sup>34</sup>

Por tanto, la vocación del ISDN no se dirige a ampliar las facultades discrecionales, sino a limitarlas, aunque reconocemos desde una postura más realista, como lo hace la jurista Sánchez, que en:

los casos singulares y difíciles en que se ven involucrados [sujetos] menores [de edad], el derecho no puede ofrecernos más que la certeza como promesa, y su triunfo no siempre está en lograrla sino en aproximarse, siendo la sola aproximación, en algunos casos, una conquista.<sup>35</sup>

En esa búsqueda de una mejor adecuación del ISDN al caso concreto, es posible extraer 2 aspectos, uno positivo reflejado en la búsqueda del bienestar del NNA y uno negativo encaminado a la evitación del daño.<sup>36</sup> Sin embargo, y especialmente frente a los casos complejos, cierto es que la autoridad judicial no se encuentra con opciones que representen un beneficio total *versus* opciones que representan un perjuicio absoluto. En los casos complejos se exige decidir entre dos o más alternativas, que pueden contener beneficios y paralelamente costos y riesgos, situación en el que la búsqueda del equilibrio se torna más difícil.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Rivero (2007), p. 88.

<sup>34</sup> Bartolomé (2015), p. 68. También Acuña pone de manifiesto que el ISDN “se configura en el mismo instante de su aplicación, y otorga una única solución justa que es determinada por ley. Por lo tanto, a pesar de que sean los órganos públicos y privados los encargados de precisar el alcance del interés superior del niño, les está prohibido decidir de forma discrecional y arbitraria su contenido, ya que este debe ser determinado según las circunstancias de cada supuesto de hecho o caso concreto”. Acuña (2019), p. 23.

<sup>35</sup> Sánchez (2017), p. 56.

<sup>36</sup> Bartolomé (2015), p. 68.

<sup>37</sup> Acuña (2014), p. 93.

## 2.2 Dotando de contenido al interés superior del niño/a

Esbozada la complejidad que reviste el carácter indeterminado del ISDN –especialmente frente a los casos complejos–, en la *praxis* es posible encontrar dos modelos alternativos orientados a trazar algunas aproximaciones frente a su contenido: un modelo abierto que atiende al establecimiento exclusivo de una cláusula general y otro modelo que además de la cláusula general incorpora criterios preestablecidos.<sup>38</sup>

Desde un primer modelo se incorpora la cláusula general del ISDN sin darle ningún contenido concreto, por lo que será el intérprete el encargado de delimitar su contenido frente a cada supuesto y en el momento de su aplicación. Si bien se otorga una mayor discrecionalidad, ello no debe confundirse con arbitrariedad, en tanto la concreción del ISDN debe generarse atendiendo siempre el sentido que la normativa a otorgado a la cláusula abstracta.<sup>39</sup> Este modelo fue inicialmente seguido por la mayoría de las legislaciones continentales, aunque posteriormente muchos ordenamientos parecen haberse decantado por la introducción de ciertos indicadores que le generan una mayor concreción al término.

Desde un segundo modelo, si bien se establece una cláusula general –*welfare principle* o el *best interests principle*–, se identifican a su vez una serie de datos, elementos de juicio, valoraciones y criterios concretos –*checklist*– que proporcionan al intérprete una guía para la toma de

---

<sup>38</sup> Se descarta un modelo en el que se pretenda dotar al ISDN de un contenido que busque regular todas y cada una de las situaciones que afecten a los NNA, pretensión que resultaría inútil ante los variados y complejos escenarios en los que los derechos de NNA se ven involucrados. Parece evidente que no resulta adecuado intentar reducir a un mero concepto el ISDN o dotarle de un contenido rígido, precisamente porque se trata de una cláusula abierta. De Torres (2009), p. 27. Concuera Valero al establecer que el ISDN es un “concepto jurídico cuyas máximas no pueden ser definidas categóricamente y con carácter apriorístico y abstracto, desprendiéndose de las circunstancias que reviste el caso concreto en que se produzca su pugna con otros intereses jurídicos”. Valero (2009), p. 78.

<sup>39</sup> Roca (1999), p. 220; Rivero (2007) pp. 91-92; De la Valgoma (2013), pp. 81-83.

decisiones que afecten al NNA. Se presenta precisamente como una reacción a la inconcreción de las cláusulas generales y los riesgos de imprevisibilidad que trae aparejada.<sup>40</sup>

Este modelo ha sido incorporado a través de la *Children Act* de Gran Bretaña –1989–,<sup>41</sup> la *Uniform Marriage and Divorce Act* estadounidense –Aprobada por la American Bar Association en 1974–<sup>42</sup>, y más recientemente la inclusión de pautas en la Ley No. 20.680 de 2013 en el ordenamiento jurídico chileno que reforma los artículos 225-2 y 229 del Código Civil, y que establece la necesidad de ponderar una serie de criterios frente establecimiento del régimen y cuidado personal y la relación directa y regular.<sup>43</sup> También sucede en el ordenamiento jurídico español con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

---

<sup>40</sup> Rivero (2007), p. 107. En el mismo sentido, Acuña (2019), p. 21.

<sup>41</sup> Así, la Section 1, *Children Act* establece que cuando la Corte determine cualquier cuestión relativa a la crianza de un niño/a o temas relativos a las propiedades que posea, deberá considerar de forma primordial el ISDN, de conformidad con ciertos criterios, tales como: a) Los deseos y sentimientos del niño -considerar al efecto que no son vinculantes para el juez, pero si deben ser ponderados-. b) sus necesidades físicas, emocionales y educativas; c) El efecto probable de cualquier cambio en las circunstancias del NNA; d) la edad, sexo, antecedentes y cualquier otra característica que el tribunal considere relevante. Importante advertir que la consideración del sexo ha ido perdiendo relevancia; e) Algún daño o riesgo de sufrirlo; f) las habilidades parentales de cada progenitor para satisfacer las necesidades de NNA; g) El rango de las facultades de disposición del tribunal como parte del principio de mínima intervención del tribunal. *Children Act* (1989).

<sup>42</sup> Frente a los casos de custodia ha establecido algunos factores relevantes a considerar en la consideración primordial del ISDN, tales como: a) los deseos de los padres del niño/a en cuanto a su custodia; b) los deseos del niño/a en cuanto a su tutor; c) la interacción e interrelación del niño/a con sus padres, sus hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar significativamente el interés superior del niño/a; d) la adaptación del niño/a a su hogar, escuela y comunidad y, (5) la salud física y mental de todas las personas involucradas. *Uniform Marriage And Divorce Act* (1974).

<sup>43</sup> En todo caso se debe precisar que los criterios aportados por la reforma “no tienen por objetivo limitar las opciones decisorias del juez y ello se manifiesta en que ambos consideran dentro de su enumeración “cualquier otro antecedente que sea relevante atendido al interés superior del hijo”, concediendo una opción abierta al juez para considerar otros parámetros para la determinación del interés del niño en el caso concreto”. Acuña (2019), p. 23.

–LOPJM– reformas introducidas por Ley No. 8 de 2015.<sup>44</sup> A través de este modelo se contempla una serie de criterios que en todo caso se establecen como los mínimos a considerar, sin que les sea asignado un carácter exhaustivo ni mucho menos taxativo, y que varían en los ordenamientos en cuanto a su enunciación, al margen de su apreciación *in concreto*.

Aun reconociendo la exigencia de concordancia con el propósito asignado a la norma abstracta que desde el modelo abierto se irradia al intérprete del ISDN, no es posible desconocer la mayor seguridad jurídica que representa el establecimiento de criterios normativos previos, en tanto permiten limitar el nivel de abstracción y posibles arbitrariedades en su comprensión y observancia. Es en tal circunstancia, el propio Comité de los Derechos del Niño/a enuncia una lista de elementos –no exhaustiva ni jerárquica– que sirven para determinar las circunstancias que se deben considerar al aplicar el ISDN en cada caso concreto.<sup>45</sup>

- a. La opinión del niño/a en concordancia con el art. 12 de la Convención, que resalta la importancia de escuchar al NNA y de tener en cuenta su punto de vista de conformidad a su edad y condiciones de madurez, respetando la posibilidad de que los NNA participen en la determinación de su propio interés. A su vez, se debe permitir introducir los ajustes razonables a fin de

---

<sup>44</sup> Ley orgánica de modificaciones del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, que modifica el art. 2.2 de la LOPJM sobre el ISDN, al asignarle una serie de criterios generales, tales como a) la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, b) La consideración de los deseos, sentimientos, opiniones y el derecho a participar progresivamente en la determinación de su interés superior, c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma. Criterios a su vez se han de ponderar teniendo en cuenta una serie de elementos generales contemplados en el art. 2.3, tales como la edad y madurez, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten y la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente.

<sup>45</sup> Comité de derechos del niño/a- Observación General No. 14 (2013), párr. 52-79.

garantizar en pie de igualdad los derechos de NNA que sean muy pequeños o se encuentren en una situación vulnerable.

- b. La identidad del niño/a como reconocimiento de la heterogeneidad característica de la infancia y adolescencia. Así, a fin de determinar el ISDN se debe tener en consideración las características personales, físicas, sociales y culturales del NNA, tales como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.
- c. La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, bajo el supuesto de la familia como elemento esencial de protección del NNA, por lo que la separación de ella solo podrá generarse como medida de *última ratio*. Preciso es advertir que el concepto familia debe ser entendido en su sentido amplio de conformidad con la costumbre local.
- d. El cuidado, protección y seguridad del niño/a que el Estado debe asegurar para garantizar el bienestar del NNA, que, desde un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto –creación de lazos afectivos seguros– y seguridad –derecho de protección contra todo tipo de abuso o prejuicio físico, sexual y psicológico.
- e. La situación de vulnerabilidad, considerando todas las situaciones que puedan poner al NNA en un escenario de vulnerabilidad (discapacidad, pertenencia a un grupo minoritario, ser víctima de malos tratos, vivir en situación de calle, etc.), permitiendo una evaluación individualizada de cada NNA y los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad que le afecten.
- f. El derecho a la salud, permitiendo evaluar las ventajas e inconvenientes sobre los tratamientos médicos a los que un NNA deba ser sometido, debiendo respetar su derecho a recibir una información adecuada y apropiada, tener en cuenta su opinión de conformidad con su edad y madurez y cuando sea posible,

permitirle dar su consentimiento fundamentado. Es necesario además que los adolescentes tengan acceso a toda la información apropiada para su salud y desarrollo.

- g. El derecho del niño/a a la educación, considerando el acceso a la educación gratuita y de calidad, incluida la educación de primera infancia, la no académica y las actividades conexas, como garantía del ISDN.

Con los mencionados criterios se pone de manifiesto que la valoración del ISDN no puede generarse a partir de un punto de vista exclusivamente objetivo –atendiendo al consenso sobre ciertos valores superiores –, ni tampoco puramente subjetivo –otorgando absoluta primacía a la voluntad del NNA–. Por lo dicho, resulta fundamental equilibrar los valores superiores del ordenamiento y lo que la conciencia social estima más adecuado –como la preservación de la vida del NNA y el mantenimiento de las relaciones con su familia–, así como la consideración especial de las opiniones, deseos y convicciones del NNA.<sup>46</sup>

Debemos advertir en todo caso, que los criterios pueden adquirir mayor o menor relevancia dependiendo del tipo de decisión a adoptar, por ejemplo, el criterio de preservación del entorno familiar será más relevante frente a decisiones sobre cuidado personal o custodia, y menos relevante en temas sanitarios. Además, es preciso reconocer la eventual colisión que en la práctica puede generarse entre los criterios esbozados, verbigracia, el generado entre la protección de la salud y la identidad –expresado en la libertad religiosa– en las situaciones de negativa a recibir tratamientos médicos por motivos de conciencia–.<sup>47</sup>

A modo de corolario, la concreción del ISDN es una tarea esencialmente judicial y/o administrativa, que no puede ser abarcada totalmente desde la instancia legislativa. Ciertamente, los criterios que permiten guiar la decisión del intérprete no ostentan una vocación totalizadora, considerando

---

<sup>46</sup> Santos (2018), p. 215.

<sup>47</sup> Santos (2018), p. 216.

que "no es posible delimitar *en abstracto* el perfil de un concepto jurídico que solo puede ser despejado *en concreto* y a la luz de la razonabilidad del juicio de ponderación realizado".<sup>48</sup>

## 2.3 Estadios en los que actúa el interés superior del niño/a

Precisados algunos criterios que permiten dotar de contenido el ISDN, es posible identificar también los estadios en los que actúa, a saber: a) desde su función protectora frente al interés actual del niño/a; b) como principio motor y límite de las facultades parentales; c) como límite del paternalismo estatal y d) como catalizador de la autonomía progresiva de NNA.<sup>49</sup> Precisamente, a partir de estos ámbitos en los que influye el ISDN, es que se instaura como el motor y el límite de la intervención tanto de los adultos, las instituciones públicas y privadas como de los mismos NNA, configurándose, en definitiva, como límite a la discrecionalidad de cualquier intervención que tenga la potencialidad de afectar los derechos de NNA.<sup>50</sup>

### a) Del interés superior del niño/a como protector frente al interés actual del NNA

Si bien es cierto una de las principales virtudes de la CDN es la de promover un *margen de actuación propia* por parte de NNA, tal situación

---

<sup>48</sup> Valero (2009), p. 78. Concuerta Diez-Picazo al afirmar que el ISDN como cláusula general produce una gran ambigüedad que solo la casuística puede ir perfilando. Diez-Picazo (1994), p. 176.

<sup>49</sup> Atendiendo la distinción establecida por Barcia respecto de los ámbitos en las que actúa el ISDN, a saber: a) como un principio de protección de la infancia, sobre infancia vulnerable y adolescentes que quieran tomar decisiones que afecten su vida futura; b) como un principio que delimita las facultades y deberes de los padres con relación a los hijos y c) como un principio de autonomía progresiva, que otorga capacidad a NNA para ejercer directamente sus derechos. Barcia (2018), p. 481. En un sentido similar, De Torres advierte las distintas funciones del ISDN, identificando a) su función de contrapeso que permite para proteger al NNA en tanto parte débil en sus relaciones sociales, b) su función de control frente a los peligros o amenazas que afecten a NNA y c) como criterio para resolver conflictos de intereses que afecten a NNA. De Torres (2009), p. 27.

<sup>50</sup> Sánchez (2017), p. 54.

no debe entenderse en términos absolutos, puesto que debido a la especial condición de sujetos en desarrollo en la que se encuentran, debe también atenderse a la filosofía protectora, especialmente frente a ciertas acciones que pudieran afectar su desarrollo integral y la adquisición plena de su personalidad.

En este sentido, De Lama afirma que “el mismo concepto de –ISDN– es contrario a la idea de [los NNA] como protagonistas absolutos de un mundo exento de reglas”,<sup>51</sup> entendiéndose que se requiere el establecimiento de una serie de valores y normas que garanticen su bienestar integral y desarrollo pleno. Por tanto, el ISDN no implica una subordinación absoluta de los padres a la voluntad del NNA, cuando ella sea contraria a sus propios intereses.

Ciertamente, el ISDN exige que el NNA reciba pautas de autoridad, de forma que logre equilibrarse el afecto con una cierta noción de responsabilidad. No se trata entonces “de doblegarse al capricho del niño/[a], sino de guiarlo para que pueda llegar a ser con madurez responsable de sus decisiones”.<sup>52</sup> En definitiva, “no puede tutelarse la libertad con desapego al bien del niño. Se trata, una vez, más de la interacción saludable entre el principio de libertad y el principio de protección adecuada o de paternalismo justificado”.<sup>53</sup>

Así se desprende que el interés manifiesto del NNA, no debe ser el único factor para tener en cuenta a la hora de determinar el ISDN, debiendo considerarse otros factores –enunciados de manera precedente– como su cuidado, protección y bienestar.<sup>54</sup> Desde esta filosofía protectora se exige, a su vez, la consideración del desarrollo evolutivo de los NNA,

---

<sup>51</sup> De Lama (2006), pp. 94-95.

<sup>52</sup> De Torres (2009), pp. 17-18.

<sup>53</sup> Basset (2021), p. 35.

<sup>54</sup> De Lama (2006), p. 101. Así lo reconoce también Blasco cuando afirma que la opinión del NNA puede no ser siempre coincidente con su ISDN y de allí la necesidad de considerarlas de forma proporcional a su edad y madurez. Blasco (2015), p. 40.



cuestión que demanda el análisis de todos los actos que puedan afectarle, no solo en el presente, sino también en su futuro.<sup>55</sup>

En este sentido, Freeman sostiene que un componente a ser considerado a fin de limitar la voluntad de un NNA es la irracionalidad de su decisión, esto es, cuando de aceptarse su voluntad se perjudicaría sus futuras opciones de vida, transgrediendo sus intereses de modo irreversible. Pero, lo que se considera irracional debe ser limitado y excluir cualquier interferencia de los valores subjetivos del intérprete, en definitiva, lo irracional debe ser definido a través de una teoría neutral capaz de alojar visiones pluralistas del bien.<sup>56</sup>

Sin embargo, no resulta del todo clara la determinación de cuáles decisiones tienen la potencialidad de afectar de modo irreversible sus intereses, cuestión especialmente compleja cuando, pese a los efectos irreversibles de la decisión, el NNA reúna las condiciones de madurez necesarias para adoptarla. Se ha planteado entonces que el ISDN debe prevalecer frente a la voluntad del NNA, cuando se está en juego bienes como la vida, a fin de preservar las condiciones del futuro ejercicio de su autonomía. Sin embargo, el mismo Freeman ha criticado la postura de los operadores judiciales de aplicar un estándar de competencia tan alto, que, aplicado a los adultos, tampoco les permitiría ejercer su derecho de autodeterminación.<sup>57</sup>

Creemos en este sentido que el ISDN requiere una determinación *in concreto*, por lo que si bien se reconoce la tendencia a que prevalezca su interés superior en nombre de la protección reforzada de

---

<sup>55</sup> Roda (2013), p. 43; Acuña (2014), p. 94; Sánchez (2017), p. 61.

<sup>56</sup> Freeman (2006), p. 272.

<sup>57</sup> Así, Freeman establece que “not only are courts – and it may be supposed doctors also – reluctant to a child competent to the point of imposing more stringent requirements than are imposed on adults, but it is clear that competence is irrelevant where the really important questions are addressed”. Freeman (2005), pp. 211-212.

su vida y su autonomía futura,<sup>58</sup> tal circunstancia no debe aplicarse de forma imperiosa o absoluta, ni mucho menos automática. Particularmente en el ámbito sanitario, la protección del ISDN no debe alejar la consideración de que la vida permite una cierta disposición en situaciones en las que su preservación, atente contra la dignidad intrínseca del ser humano y, por ende, contra su propio interés superior.<sup>59</sup>

Finalmente, necesario es precisar que cuando la voluntad del NNA sea contraria a la de sus padres o representantes legales, ello no debe entenderse como contrario *per se* a su ISDN. Ciertamente, este principio no puede convertirse en el argumento puesto al servicio de los padres que deciden sobre la vida de sus hijos/as, basado en las propias preferencias y convicciones morales o ideológicas, al margen de los reales intereses de NNA.<sup>60</sup>

Se reitera, por tanto, que, la limitación al ejercicio de los derechos por parte de NNA se vincula con las circunstancias que justifican su protección, la que se rige por los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad. Se debe advertir en este sentido que las reservas a la autonomía deben ser interpretadas restrictivamente para llegar a la conclusión de que la voluntad de un niño/a sea contraria a sus propios

---

<sup>58</sup> Cabe así advertir, como lo hace Rivero, que el interés actual del NNA "debe ser considerado no en atención al futuro de la sociedad en la que se integrará como adulto, sino al futuro (complejo, multidireccional) de esa persona, en su doble condición, inescindible, individual y social", por lo que no puede tratarse desde una perspectiva colectiva o social, en el sentido de formar mejores ciudadanos para una mejor sociedad, pues es una cuestión que considera a la persona desde su esencia individual. Rivero (2007), p. 168.

<sup>59</sup> De esta manera, Jorqui establece que "el menor maduro tendrá, entre otros, derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de tratamientos o intervenciones, cuando sean desproporcionadas a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y/o sufrimientos desmesurados, así como el derecho a decidir que se le retiren las medidas de soporte vital que puedan conducir a una prolongación innecesaria de la agonía y/o mantengan en forma penosa, gravosa y artificial su vida". Jorqui (2018), p. 495.

<sup>60</sup> Así lo establece el propio Comité de los derechos del niño/a cuando señala que "lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar los derechos del niño enunciados en la Convención" Comité de derechos del niño/a -Observación General No. 14 (2013), párr. 4.

intereses, esto es, contraria a sus derechos fundamentales y el libre desarrollo de su personalidad, es necesario valorar una serie de criterios como las condiciones de madurez, el riesgo asumido en la decisión, la intensidad del perjuicio probable y la entidad del derecho afectado.

### **b) Del interés superior del niño/a como motor y límite de las facultades parentales**

Las facultades de los progenitores en la crianza y educación de sus hijos deben ejercerse –de conformidad con el art. 18 de la Convención– atendiendo como orientación fundamental el ISDN. Por tanto, la autoridad parental no supone una facultad absoluta u omnicomprendensiva sobre los hijos, siendo inadmisibles el ejercicio de tales facultades de forma tal, que se anule la capacidad de decisión de los NNA con el exclusivo fundamento de la sujeción de los hijos a sus padres.

En efecto, el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos ha conllevado a modular las características que tradicionalmente se asignaban a la autoridad paterna, transitando desde la idea centrada en los poderes de los padres sobre sus hijos/as hacia su regulación como derecho-deber al servicio de los hijos/as. La autoridad paterna, sustituida por la noción de responsabilidad parental, se establece entonces como “una institución eminentemente funcional cuya virtualidad reside en fomentar y optimizar el desarrollo integral de la personalidad del [sujeto] menor, no pudiendo dicha personalidad ser constreñida inmotivadamente”.<sup>61</sup>

El ISDN se instaure como centro de gravedad de la institución paterna, el que, como advierte Asensio, le asigna dos funciones ambivalentes: a) una legitimadora de las actuaciones de los titulares de la patria potestad, y b) otra limitadora de su ejercicio en la medida que los actos de los padres que no sean de interés de sus hijos/as, se considera

---

<sup>61</sup> Valero (2009), p. 65. En el mismo sentido, Romero (2014), pp. 19, 20 y 125.

una extralimitación de sus funciones<sup>62</sup>. En definitiva, como afirma Vivas, el ISDN constituye “el parámetro de legitimidad para el ejercicio de la potestad por parte de los padres”<sup>63</sup>.

Ciertamente, el ISDN contempla, como afirma Ravetllat, una función de “contrapeso o límite a las decisiones adoptadas por los representantes legales de un [NNA] no conformes al desarrollo integral de su personalidad”<sup>64</sup>.

Precisamente desde esa función de contrapeso del ISDN es que se permite desvirtuar “la natural sabiduría parental” desde la que se desprende una incuestionable capacidad de decisión de los progenitores sobre sus hijos/as. Paralelamente, ello admite poner en duda –como lo hacen autoras como Marre y San Román– si las personas adultas son siempre capaces de considerar primordialmente el interés superior del NNA por sobre el propio y, si lo hacen, como podría comprobarse tal circunstancia.<sup>65</sup>

Advertida la posibilidad de intereses contrapuestos entre los progenitores y los intereses de un NNA, será necesario entonces ponderar

---

<sup>62</sup> Asensio (2012), p. 46. De la misma manera, Blasco le asigna al ISDN una doble función, como guía y como límite de la actuación de los representantes legales. Blasco (2015), p. 40.

<sup>63</sup> Vivas (2012), p. 531.

<sup>64</sup> Tal conclusión se desprende del análisis expuesto por Ravetllat respecto de la sentencia de la Corte de apelaciones de Valdivia –causa rol 1375 de 2015– confirmada en fallo unánime de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile –causa rol 36759 de 2015–, en las que se determina que la decisión unilateral de los padres que se niegan a la vacunación de un niño de 4 meses de edad, infringe el derecho a la salud y vida del niño, por lo que dispone que se inoculen todas las vacunas, que debido a su edad, tienen el carácter de obligatorias. Ravetllat (2016-a), pp. 508-510. Por su parte, Moratalla advierte que los padres ostentan un doble rol respecto de los intereses de los NNA bajo su representación, “[l]a primera, es una función legitimadora de la voluntad del menor y, por el contrario, la segunda, es una función limitadora del propio ejercicio, por lo que, las decisiones de los representantes legales que resulten perjudiciales o desventajosas para el menor, se consideran actuaciones de extralimitación legal hacia los hijos”. Moratalla (2016), p. 15. Similar postura lo establecen Oliva (2014), p. 33; Ravetllat y Basoalto (2021), p. 120.

<sup>65</sup> Marre y San Román (2012), p. 3.

la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada en virtud de la autoridad parental. Así, Rodríguez sostiene que en aquellas situaciones en las que los intereses de los padres colisionen con los intereses de sus hijos/as, siendo ambos igualmente legítimos, parece conveniente preferir el interés del NNA, con el correspondiente sacrificio de los intereses personales de los padres en función del interés superior de sus hijos/as.<sup>66</sup>

Desde una postura más radical, López establece que el ISDN es un criterio que, sirviendo para resolver los conflictos de intereses, debe siempre anteponerse por parte de los funcionarios, de forma tal que se resuelva lo que más le convenga al NNA. Tal es la fuerza asignada al ISDN que le permite desplazar de plano a cualquier otro sujeto involucrado en un conflicto de interés respecto de un NNA. Es, en definitiva, un interés supremo a cualquier otro interés en juego.<sup>67</sup>

En similar sentido, Muñoz defiende que el ISDN deba prevalecer sin excepción frente a intereses de terceros, como una exigencia propia de la justicia distributiva en la que se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Por tanto, considera que al ser el ISDN un principio de justicia distributiva que busca brindar protección especial a un grupo específico en atención a sus particulares circunstancias de vulnerabilidad, se debe aplicar sin excepción, a fin de equiparar esas condiciones. Sin embargo, advierte que tal circunstancia no impide que primero debe intentarse conciliar los diferentes intereses en conflicto.<sup>68</sup>

Sin embargo, coincidimos con que, desde esa máxima prioridad que debe asignarse al principio del ISDN no puede desprenderse que se permita descartar *a priori* otros intereses que concurran con el del niño/a, como el de sus progenitores manifestados, verbigracia, en la intención

---

<sup>66</sup> Rodríguez (2009), p. 564.

<sup>67</sup> López (2015) pp. 55-57.

<sup>68</sup> Muñoz (2020), pp. 573, 574.

de satisfacer sus proyectos sentimentales<sup>69</sup> y/o personales.<sup>70</sup> *Contrario sensu*, una pretensión de prevalencia absoluta y automática llevaría a consolidar, como afirma Díaz, una especie de:

(...) “santificación” del interés superior del niño[a], en virtud del cual se lo considera como el fin prioritario y dominante en cualquier situación concebible. Ello supone el riesgo de poner al niño en cuestión, su individualidad, por sobre la de cualquier otra persona, incluso de otros niños. Paralelamente, construye el concepto en términos tan absolutos e hiperindividualistas que rompe con el principio básico en materia de

---

<sup>69</sup> Tal situación se evidencia en la causa Rol No. 42.642-2017 de la Corte Suprema de Chile, al indicarse en su considerando cuarto: “constituye un análisis abstracto o alejado de la realidad concreta de las personas involucradas en esta controversia, es obviar el derecho de la madre que tiene a su cargo el cuidado personal de los niños, a procurar un desarrollo profesional y afectivo que satisfaga sus intereses, contraponiéndolo a lo que puede ser el interés de los hijos”. Se agregó en este considerando que el entendimiento del principio del interés superior de los NNA no implica exigir una figura ideal y tradicional de madre, “que, en cuanto cuidadora de sus hijos, posterga su desarrollo en otras esferas de su vida”. En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en la sentencia rol 73.900-2016; en contra, en la causa rol N° 2844-2017. Bajo estas consideraciones, Mondaca y Astudillo rechazan la noción bajo la cual se deduce que por el hecho de tener una mujer una pareja en el extranjero y el deseo radicarse en una ciudad foránea, se afecta automáticamente al interés superior del niño/a. Ello, afirman, constituye una visión anacrónica y peligrosa, en tanto fomenta visiones estereotipadas de las familias y de las personas que la integran. Mondaca y Astudillo (2020-a), p. 18; Mondaca y Astudillo (2020-b), p. 310.

<sup>70</sup> Así se evidencia en la sentencia Rol No. 117 de 2020 de la Corte de apelaciones de Iquique, en la que se descartó los argumentos del juez recurrido, quien no accedió a la solicitud de oficiar al Registro civil e identificación con la finalidad de rectificar el nombre y sexo de la recurrente en el certificado de nacimiento de su hijo por considerar que ello afectaría su ISDN. Así en su considerando quinto y de conformidad con lo expuesto por Lathrop en su calidad de *amicus curiae*, la Corte estableció que el juez de instancia restringió injustamente el derecho a la identidad de género de la recurrente “con el artificioso argumento de asegurar intereses hipotéticos o eventuales de su hijo –circunstancia que evidencia– una restricción abiertamente desproporcionada e ilegítima, que no se ha basado en una ponderación de intereses verdaderamente involucrados en el caso concreto, sino en un prejuicio de lo que conviene al interés de un niño, a quien ni siquiera se le ha oído”, continua la Corte citando en su considerando sexto a la Corte Interamericana al consagrar que “la sola referencia al –ISDN– sin probar en concreto los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre sobre –el niño–, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona”.

derechos fundamentales, y es que ninguna prerrogativa, derecho o principio rige siempre y en toda circunstancia (...).<sup>71</sup>

En este sentido, la CIDH se pronunció en el caso *Átala Riffo y niñas vs. Chile*, considerando que:

(...) al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.<sup>72</sup>

Es a fin de evitar la absolutización del ISDN, que el propio Comité de los derechos del niño/a afirma que la interpretación del ISDN exige que los posibles conflictos deban resolverse sopesando cuidadosamente los intereses en juego de todas las partes involucradas, tratando de encontrar un compromiso adecuado.<sup>73</sup>

Así, por ejemplo en las situaciones de crisis familiar y más concretamente frente a la atribución del cuidado personal de los hijos/as, coexiste una diversidad de intereses que deben ser considerados y desde los cuales se debe propender por lograr un equilibrio, a saber: a) los intereses de los hijos/as como consideración primordial –pero no excluyente–, b) los intereses de los padres en su condición de progenitores, c) los intereses de los padres en su dimensión de personas

---

<sup>71</sup> Díaz (2010), pp. 295-296.

<sup>72</sup> CIDH. Caso *Átala Riffo y niñas Vs. Chile* (2012), párr. 110.

<sup>73</sup> Comité de los derechos del niño/a -Observación General No. 14 (2013), párr. 39; Gómez De La Torre (2018), p. 127. En este sentido, Blanco y Santacruz afirman que, el ISDN no resulta “un interés excluyente ni absoluto: es un interés prioritario que convierte en prevalentes todos los derechos de los menores cuando entran en conflicto”. Blanco y Santacruz (2012), p. 198.

autónomas y d) el principio de unidad familiar –la no separación de los hermanos–.<sup>74</sup>

Advertida tal circunstancia, Rivero ha manifestado que el ISDN puede eventualmente ceder ante intereses jurídicamente más relevantes, cuestión que, sin embargo, debe obedecer tanto a la finalidad de la medida de restricción como a su proporcionalidad<sup>75</sup>, mientras que cuando en el conflicto se observe un relativo equilibrio entre los intereses involucrados se deberá privilegiar el ISDN.<sup>76</sup>

Cierto es, en todo caso, que el carácter preferente y prioritario del ISDN permite aseverar que ese desplazamiento del interés del niño/a frente a otros intereses convergentes, ha de ser excepcional, imponiéndose un deber de motivación y explicitación de todos los detalles y de todas las consideraciones que fueron atendidos en la resolución del caso, que permitan apreciar porque el ISDN no fue suficientemente importante para imponerse frente a esos otros intereses.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Lathrop (2007), pp. 8-10.

<sup>75</sup> En este sentido Rivero, manifiesta que “el sacrificio del (inicialmente prevalente) interés del menor, frente a otros intereses valiosos, debe obedecer, por un lado, a la finalidad de la medida de restricción (p<sup>r</sup>ius lógico, dado el carácter relacional de este principio), y por otro, a los requisitos de idoneidad de la medida restrictiva (que no haya otra mejor o más adecuada al caso), necesidad de la misma (en el sentido de ausencia de otra solución más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia) y adecuación o proporcionalidad *stricto sensu*, o sea, que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general”. Rivero (2007), pp. 87-88. Desde una postura contraria, Barcia afirma que los progenitores o representantes no pueden actuar contra el ISDN motivados, por ejemplo, por un interés superior. Barcia (2013-a), p. 14.

<sup>76</sup> De esta manera, Gatica y Chaimovich afirman que el ISDN “debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”. Gatica y Chaimovich (2004).

<sup>77</sup> Sánchez (2017), p. 57; Comité de los derechos del niño/a -Observación General No. 14 (2013), párr. 97.



### c) Del interés superior del niño/a como límite al paternalismo estatal

El ISDN no resulta exclusivamente vinculante en el ámbito familiar, siendo igualmente extensivo a los ámbitos legislativo, judicial, administrativo, así como a las autoridades e instituciones de bienestar social, sean estas públicas o privadas.<sup>78</sup> Aquí el ISDN ostenta un doble efecto, en tanto, además de intervenir como inspirador de las decisiones de las autoridades, actúa paralelamente como límite al poder público.<sup>79</sup>

Ciertamente con el advenimiento de la doctrina de protección integral y el reconocimiento de los NNA como sujetos titulares de derechos, se desplaza también la convicción paternalista de las instituciones para dar paso a la consolidación de límites impuestos a la autoridad, de conformidad con la forma y contenido de los derechos reconocidos a los NNA. Es precisamente en este sentido que Cillero reconoce que el principio del ISDN “puede ser entendido como un límite al paternalismo estatal”<sup>80</sup> y en general respecto de toda institución cuya decisión repercute sobre la infancia y adolescencia.

Como expresión de la sujeción de las autoridades al ISDN se presenta el principio de mínima intervención del Estado como vertiente negativa de su actividad en el ámbito familiar, siempre que no se cuente con la aquiescencia de sus integrantes. Sin embargo, la negativa de la familia no representará un obstáculo para dicha intervención, tratándose de situaciones en las que esta resulte necesaria, esto es, cuando

---

<sup>78</sup> En este sentido, el Comité ha expresado que los términos “autoridades e instituciones de bienestar social, públicas y privadas” no pueden interpretarse de manera restrictiva, sino que corresponde a todas aquellas instituciones cuya labor repercute sobre los NNA y la efectividad de sus derechos. Comité de los derechos del niño/a -Observación General No. 14 (2013), párr. 52-79.

<sup>79</sup> Espinoza (2018), p. 116.

<sup>80</sup> Cillero (1998), pp. 55-56; Baeza (2015). p. 18. Coincide Couso con la asignación de un tinte paternalista de las facultades atribuidas a los tribunales –desde sus orígenes en la jurisprudencia del *common law*– en tanto adoptaban las decisiones sobre NNA identificando el interés superior del niño/a con aquello que el propio tribunal creyera necesario para su bienestar, independientemente de lo que el NNA manifestara como su interés. Couso (2006), p. 147.

no se logre solucionar el conflicto de mutuo acuerdo o cuando resulte ineludible por representar situaciones graves para los intereses de sus miembros<sup>81</sup>, situación en la cual el ISDN actúa en su vertiente habilitadora de la actividad estatal.

Efectivamente, el principio de mínima intervención del Estado viene a ratificar el carácter subsidiario de la actuación de los poderes públicos respecto de las responsabilidades que, en principio, corresponden a la familia, especialmente a los progenitores en función de la institución básica de heteroprotección privada que deviene de la patria potestad. Con ello se garantiza entonces el derecho a la vida privada e intimidad familiar, que restringe la injerencia estatal en el ámbito privado de las relaciones paternofiliales.<sup>82</sup>

Sin embargo, el carácter subsidiario de la actuación estatal no implica que las autoridades asuman una actitud absolutamente pasiva, ni que sus intervenciones sean meramente defensivas. Se busca, por el contrario, un cierto equilibrio que permita la protección de NNA frente a medidas estatales intervencionistas injustas y frente al abuso del poder del entorno familiar.<sup>83</sup>

En este sentido, la Observación General No. 7 del Comité de los derechos del niño/a advierte que el ISDN exige medidas activas “para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tenga la responsabilidad

---

<sup>81</sup> Principio que es el resultado de la influencia de los derechos humanos en la configuración de los nuevos principios que informan el derecho de familia, correspondientes a: la protección de la familia, la protección del matrimonio, la igualdad entre los integrantes del grupo familiar (de los cónyuges y de los hijos/as), la protección del más débil en las relaciones de familia (interés superior del niño/a y cónyuge más débil), la autonomía de la voluntad. Lepin (2014), p. 47.

<sup>82</sup> Romero (2014), pp. 9-10; Valero (2009), pp. 57-58. En Colombia la Corte Constitucional ha consagrado el principio como in *dubio pro familia* en virtud del cual “si el juez tiene dudas sobre la decisión a tomar, estas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares, por lo cual los desplazamientos de los padres por autoridades estatales deben ser minimizados”. Sentencia SU-337 de 1999. Reiterada en las, T-1025 de 2002, C-246 de 2017, T-083 de 2021.

<sup>83</sup> De Torres (2009), p. 41.

cotidiana de la realización de los derechos del NNA<sup>84</sup>. Así también lo ha reiterado la CIDH a través de la Opinión Consultiva No. 17 al señalar que si bien es la familia la primera llamada a proporcionar la protección de los NNA, el papel del Estado no se agota en la disposición de medidas de protección de los NNA, sino que su actuación debe también garantizar, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.<sup>85</sup>

Consecuencia de ello, el Estado debe priorizar las medidas de apoyo a la familia que permitan que esta cumpla su función protectora respecto de los NNA, actuando subsidiariamente cuando se incumplan tales obligaciones, y –finalmente– adoptando medidas de protección, tales como, la de separación de los NNA de su familia como *última ratio*, esto es, de forma excepcional, necesaria y esencialmente temporal.<sup>86</sup>

Así lo reconoce Rivero cuando advierte que el control judicial “se limitará a lo necesario y suficiente para evitar la arbitrariedad o el error y proteger el interés del menor, y adoptará únicamente las medidas proporcionadas para ello: el justo equilibrio entre medios (proporcionados) y fines perseguidos será la mejor justificación social y jurídica de esa actuación e intromisión de la autoridad judicial en la vida privada de la familia”.<sup>87</sup> En definitiva, cuando por el ejercicio o la omisión de las funciones atribuidas a los progenitores se pueda afectar los intereses de sus

---

<sup>84</sup> Comité de los derechos del niño/a (2005) -Observación General No. 7, párr. 13.

<sup>85</sup> CIDH (2002) Opinión Consultiva 17/02, de 28 de agosto de 2002, párr. 66. No obstante la obligación del Estado en el fortalecimiento de la familia como entorno protector de los NNA, Basset reconoce el notable y sistemático incumplimiento de los Estados de promover la unidad familiar, en tanto, “[n]o se advierte que es una obligación de protección indirecta de la infancia. Tampoco de la economía de recursos que significarían políticas públicas de fortalecimiento y unidad familiar en beneficio de los niños”. Basset (2021), p. 39.

<sup>86</sup> Pinochet y Ravetllat (2015), pp. 78-79; Diaz (2021-b), pp. 243-244.

<sup>87</sup> Rivero (2007), p. 312.

hijos/as menores de edad, la intromisión del Estado no solo será lícita, sino que vendrá exigida por la tutela del ISDN.<sup>88</sup>

Es, por tanto, necesario distinguir entre las actuaciones del Estado tales como la formulación de políticas públicas o la resolución de conflictos judiciales en las que se vean involucrados intereses de NNA y la intervención estatal dirigida a anular las decisiones adoptadas por los progenitores. En efecto, mientras que de forma general el Estado debe guiar su actividad en cumplimiento del ISDN, la intervención destinada a invalidar la autoridad parental se concibe mejor bajo otro estándar, el que Diekema<sup>89</sup> y Elliston<sup>90</sup> denominan el de intervención basada en el daño.

Bajo este estándar no se requiere que el Estado interfiera en las decisiones parentales de conformidad con lo que se considere literalmente el mejor interés para un NNA –si es que existe una única solución que lo garantice–, sino que su actuación se justifica cuando existe evidencia clara de que las acciones o decisiones de los padres representan riesgo significativo de daños graves prevenibles a los NNA. Así sucede ante situaciones como la pérdida de la vida, la pérdida de la salud, la

---

<sup>88</sup> Pinochet y Ravetlat (2015), pp. 80. Así lo advierte Driggs cuando afirma que “[h]owever, the rights of parents are not unrestricted but coexist with society’s right to protect children. This leads, of course, to the intervention of the state to protect the child’s best interests in instances of child abuse or neglect” Driggs (2001), p. 690.

<sup>89</sup> Diekema (2004), p. 249.

<sup>90</sup> En este sentido Elliston afirma que “[w]here decisions may prejudice important interests of the child it is right and proper that they are submitted to careful scrutiny to assess the validity of justifications for doing so, where such justifications may be in doubt. The harm principle permits this and indeed it provides a more consistent means of doing so. It recognises the general rule that parents are entitled to make decisions that they think are appropriate for their children, limited only where they may be placing them at an unacceptable risk.”. Elliston (2007), p. 39.

afectación de la estabilidad emocional, la pérdida de algún otro mayor interés<sup>91</sup> y la privación de las necesidades básicas.<sup>92</sup>

En este sentido, Díaz reconoce que, en la intervención judicial del ejercicio de las facultades parentales, deba generarse una aplicación atenuada del principio de proporcionalidad, excluyendo el juicio de necesidad, esto es, la inexistencia de otro medio menos oneroso para lograr la finalidad pretendida. De no excluir ese requisito, se permitiría una intervención estatal más extensa, incompatible con la protección de la familia y las facultades de los progenitores, y además resultaría impracticable frente a las variadas decisiones que se asumen frente a los hijos/as que hacen complejo realizar un análisis previo tan sofisticado.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Advertir en este sentido que, debido a que la responsabilidad parental no se dirige exclusivamente a la búsqueda de las mejores condiciones del NNA, sino también a procurar su desarrollo integral, la consecución de su personalidad y dignidad, la intervención estatal se justifica también frente aquellas actuaciones de los progenitores que representen un daño o una posibilidad cierta de daño frente al libre desarrollo de la personalidad de los NNA. Romero (2014), pp. 18-19.

<sup>92</sup> Frente a decisiones asumidas por los progenitores en el contexto sanitario Diekema, plantea 8 condiciones que justifican la intervención estatal "1 By refusing to consent are the parents placing their child at significant risk of serious harm 2 Is the harm imminent, requiring immediate action to prevent it? 3 Is the intervention that has been refused necessary to prevent the serious harm? 4 Is the intervention that has been refused of proven efficacy, and therefore, likely to prevent the harm? 5 Does the intervention that has been refused by the parents not also place the child at significant risk of serious harm, and do its projected benefits outweigh its projected burdens significantly more favorably than the option chosen by the parents? 6 Would any other option prevent serious harm to the child in a way that is less intrusive to parental autonomy and more acceptable to the parents? Can the state intervention be generalized to all other similar situations? Would most parents agree that the state intervention was reasonable?". Diekema (2004), pp. 249, 251 y, 252.

<sup>93</sup> Díaz (2010), p. 297.

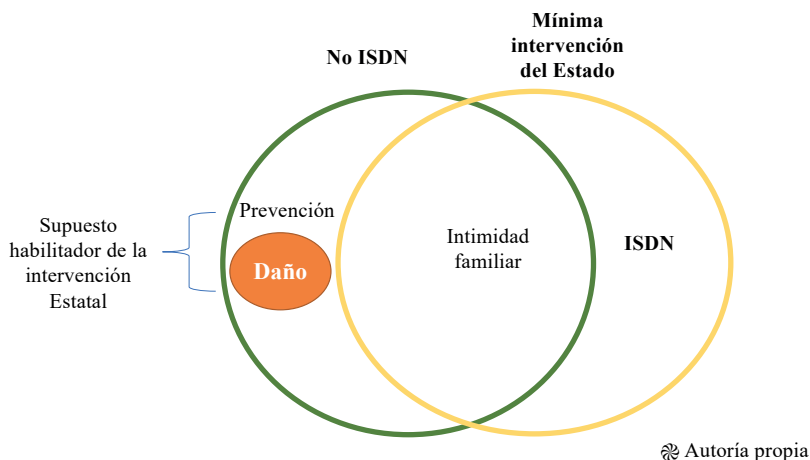


Figura 1. Estándar de la Intervención basada en el daño.

Finalmente, la diferencia de aplicación del ISDN en las decisiones adoptadas por una autoridad administrativa o judicial frente aquellas tomadas por un tercero –generalmente padres o representantes legales– radica, según Santos, en los derechos sobre los cuales recae esa determinación. Así, mientras la autoridad adopta las disposiciones para garantizar la protección o bienestar del NNA –*welfare rights*–, en el segundo supuesto, los terceros, al adoptar la decisión de NNA, que no reúnen las condiciones de madurez para ejercerlos, lo hacen respecto de derechos fundamentales, cuyo núcleo esencial es la libertad y autodeterminación –*liberty rights*–.<sup>94</sup> No obstante, en esencia, la actuación de los padres o representantes legales se genera también en virtud de su obligación de vela y protección de los intereses de sus hijos.

<sup>94</sup> Santos (2018), p. 215.

**d) Del interés superior del niño/a como catalizador de la autonomía progresiva del NNA**

Finalmente, el ISDN actúa como un catalizador de la autonomía progresiva, en tanto incorpora la necesidad de proporcionar el conjunto de condiciones que faciliten al NNA desarrollar sus capacidades y potencialidades, a fin de promover su progresivo crecimiento personal.<sup>95</sup>

Así, Rivero considera que el ISDN no debe limitarse a la búsqueda de sus mejores condiciones, sino en “ayudarle a adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para ejercer directamente derechos y libertades indeclinables”,<sup>96</sup> advirtiendo con ello que la mejor forma de garantizar la protección de NNA es a través de la promoción de su autonomía.<sup>97</sup>

En definitiva, ISDN se garantiza cuando el entorno familiar fomenta equilibradamente la libertad y el sentido de responsabilidad de los NNA. Así, la familia se presenta no solo como una fuente de apoyo material y emocional, sino también como cauce para la socialización del NNA, esto es, el proceso a través del cual se adquiere los valores, creencias, normas y formas de conducta en la sociedad, promoviendo de forma progresiva la autorregulación del NNA.<sup>98</sup>

A la hora de definir cuál es el interés superior de un NNA en concreto, resulta fundamental atender a su propia visión y opinión sobre la manera más adecuada de proteger sus derechos, así como la forma de ejercitarlos. La titularidad de derechos ya reconocida a la infancia y la

---

<sup>95</sup> Aguilar (2008), p. 245; Torres (2009), p. 33. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”. CIDH (2018) -Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Serie C No. 351, párr. 150.

<sup>96</sup> Rivero (2007), p. 28.

<sup>97</sup> Rivero (2007), p. 180; Valero (2009), p. 48; Aláez (2013), pp. 52, 68-77.

<sup>98</sup> De Torres (2009), p. 39.

adolescencia reclama, como lo afirma Couso, un rol protagónico de los NNA frente a la determinación de cómo y cuándo ejercer y proteger sus derechos, superando con ello el prejuicio instaurado bajo la presunción de que los NNA desean cosas contrarias a su bienestar, “guiados por una suerte de tendencia autodestructiva”.<sup>99</sup> En definitiva, el ISDN se concreta, en materia de capacidad, en el principio del ejercicio progresivo de los derechos de NNA.<sup>100</sup>

Además, necesario resulta considerar que el ISDN ampara a la personalidad en evolución, a través del respeto de las decisiones que puedan considerarse como equivocadas, siempre que no tengan consecuencias graves o irreparables. En efecto, parece razonable permitir que el NNA “constate y sufra directamente los efectos de su propio error, que además de no grave puede ser subsanado luego, en lugar de tener la impresión (siquiera subjetiva) de asumir a la fuerza los posibles errores de una voluntad ajena, de la que quizá no alcance a ver las ventajas que le reporta”.<sup>101</sup>

En el ámbito europeo es interesante resaltar la recomendación del Consejo de Europa 1.121 de 1990 que establece que “considerando que, junto con el derecho de ser protegidos, los niños tienen unos derechos que pueden ejercer por sí mismos de forma independiente, incluso

---

<sup>99</sup> Couso (2006), pp. 148-155. Incluso ese perjuicio se evidencia en la teoría de Maccormick cuando se muestra contrario a la idea de extender la presunción de que las personas son los mejores jueces acerca de lo que es bueno para ellos, a las personas menores de edad, principalmente a los niños más pequeños. Así, considera que “los niños no siempre son –ni siquiera en la mayor parte de los casos– son los mejores jueces de lo que es bueno para ellos, de modo que incluso los derechos que son más importantes para su adecuado desarrollo a largo plazo, tales como el derecho a la disciplina o a un ambiente seguro, son percibidos normalmente por los niños como precisamente lo contrario de derechos o ventajas”. Maccormick (1998), p. 304. Así considera Bácares que la defensa de Maccormick de los derechos de los NNA “es paternalista, ideal y se concentra solo en las necesidades –y no en la agencia– de los NNA”. Bácares (2020), p. 481.

<sup>100</sup> Rodrigo (2004), p. 266; Lovera (2009), p. 16; Barcia (2013-a), p. 7; Gómez de la Torre (2018), p. 135.

<sup>101</sup> Rivero (2007), p. 308.



contra la voluntad de los adultos”. Sin embargo, el principio de autonomía progresiva “no debe leerse, y mucho menos interpretarse, como si de un arma arrojadiza se tratara frente al deber-derecho preferente de los progenitores de educar a sus hijos e hijas”.<sup>102</sup>

Ciertamente, el principio de autonomía progresiva no supone una anulación de la autoridad de los adultos, sino que exige vindicar el verdadero rol que ostentan –ya no como autoridad omnicomprendiva e incluso totalitaria–, sino en su misión de acompañamiento, orientación y educación de los NNA, a efectos de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad. En este sentido, se desprende que ese rol que desempeñan los adultos es esencialmente graduable e inversamente proporcional, puesto que a “medida que los –niños/as– adquieren competencias cada vez mayores, disminuye su necesidad de orientación y dirección, y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades tomando decisiones que afectan su vida”.<sup>103</sup>

Entonces, si bien el ISDN actúa como potenciador de la autonomía de NNA, ello no garantiza que su decisión prevalezca hasta el punto de considerar que las decisiones serían adoptadas directa y exclusivamente por parte de los NNA, puesto que ello dependerá de las circunstancias particulares de madurez y desarrollo físico y mental. Lo que sí logra tutelar el ISDN es su participación en la adopción de las decisiones que le afecten, en tanto exige –como mínimo– que su opinión sea tenida en

---

<sup>102</sup> Ravetllat (2020-a), p. 85; Ravetllat (2020-b), pp. 307-308. Desde luego, afirma Freeman que “cuando los niños tienen derechos esto genera conflicto. Se quejan sobre su trato, hacen reclamos legítimos, cuestionan a la autoridad. Y si no fueran capaces de hacer eso, la vida de los adultos (padres, maestros, trabajadores sociales, policías, etc.) sería más fácil y más tranquila. Pero aun así habría conflicto: Herviría bajo la superficie explotando ocasionalmente”. Freeman (2006), p. 257.

<sup>103</sup> Guillo (2011), p. 210. En el mismo sentido, Gómez de la Torre (2018), pp. 119-120; Herrera (2019), p. 48. Así lo consigna expresamente el art. 639 del Código Civil y Comercial de Argentina, que al regular los principios por los que se rige la responsabilidad parental, establece en su numeral b “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”.

cuenta. De esta forma, la participación de NNA en las decisiones que configuran su propia vida permite el pleno desarrollo de su personalidad y como principal afectado lo menos a lo que puede aspirar es a la manifestación de su opinión y voluntad en la concreción de su ISDN.

Efectivamente, el ISDN incorpora, como apunta Aláez, el ejercicio personal y directo de los derechos de la personalidad como la fórmula más importante de autoprotección, que cuando resulta insuficiente acoge como elemento corrector la heteroprotección por parte de los padres o el Estado.<sup>104</sup> El ISDN reclama, por tanto, un complejo equilibrio entre consentir la manifestación de la voluntad del niño/a, que su opinión sea tomada en cuenta y paralelamente proteger sus intereses a fin de que puedan alcanzar el desarrollo pleno de su autonomía. Entonces, además de permitir a los NNA asumir los riesgos y responsabilidades que se generen por la adopción autónoma de sus decisiones, se debe evitar la irracionalidad de las mismas.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Término que refiere a la protección de los NNA que se genera de forma externa, generalmente por parte de los progenitores y/o el Estado a través de su función tuitiva, y que justifica en cierto sentido la limitación de la capacidad de obrar que permita finalmente alcanzar su capacidad de autoprotección. En este sentido, Aláez plantea que se debe conciliar la heteroprotección de los NNA con su autoprotección, "lo que obliga a que el criterio a utilizar frente a [la adquisición de capacidad] tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada individuo y su progresiva capacitación para autoprotgerse ejerciendo autónomamente sus derechos fundamentales". Aláez (2013), pp. 52, 68-77. El término es usado también por Romero y Valero, quienes además distinguen entre heteroprotección pública y privada. Advierten al efecto que la heteroprotección pública es aquella realizada por el Estado como garante de los derechos de los NNA mediante la creación de un sistema estatal de protección que supla la actuación paterna en los supuestos de incumplimiento de sus deberes. Mientras que la heteroprotección privada es aquella encomendada a los progenitores, en virtud del derecho-función derivado de la patria potestad. Romero (2014), pp. 19-20; Valero (2009), pp. 44-45. También de Montalvo (2019), p. 258.

<sup>105</sup> En este sentido, Lansdown advierte el gran desafío que representa para todas las sociedades el "brindar la protección apropiada de manera tal que se le permita al joven ampliar sus posibilidades, efectuar sus propias elecciones y participar en las actividades riesgosas que sean necesarias, pero sin exponerlo a una responsabilización inadecuada o a daños y peligros". Lansdown (2005), p. 52.

En materia de capacidad, el ISDN resulta incompatible con un modelo que se limite a considerar exclusivamente el criterio cronológico, puesto que no permite atender las particularidades de los derechos e intereses involucrados. En definitiva, se refuerza la idea de establecer un sistema de capacidad que desmitifique el factor etario como único factor en la determinación de la capacidad, incorporando otros que permitan un ejercicio de derechos adecuado al proceso dinámico, evolutivo e individual de desarrollo de los NNA.

### 3. AUTONOMÍA PROGRESIVA

Advertido ese último ámbito en el que actúa el ISDN como catalizador de la autonomía de NNA, procedemos entonces a profundizar en el principio de autonomía progresiva que ostenta un carácter tan emancipador como temido y que provoca no pocas tensiones en el derecho<sup>106</sup>. Este principio se encuentra esencialmente consagrado en el art. 5 de la CDN, que establece el deber de los Estados de respetar los derechos y obligaciones de los padres de orientación y dirección sobre los NNA, de conformidad con la *evolución de las facultades de los niños/as* para que puedan ejercer los derechos reconocidos por la Convención<sup>107</sup>.

Este principio de autonomía progresiva permite reconocer a los NNA como sujetos activos en el ejercicio de sus derechos, atendiendo al proceso continuo de desarrollo de su autonomía y razonamiento moral, situación que exige fijar límites variables de conformidad con los distintos grados de madurez del niño/a. De esta forma la Opinión Consultiva No. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que:

Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto –de niños–. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Herrera (2009), p. 142. Este principio, afirma Barcia, inicio afectando la facultad de representación de los padres sobre sus hijos, pero termino por influir todas las facultades que los padres ostentan, en materias como educación, libertad religiosa, etc. Barcia (2013-a), p. 7.

<sup>107</sup> Precepto que trae aparejada una exigencia no menor de “encontrar un equilibrio entre la obligación parental (en sentido general) de guía –que es claramente limitada y no absoluta– y la autonomía que poco a poco va adquiriendo el –sujeto– menor”. Carranza y Salazar (2019), p. 40.

<sup>108</sup> CIDH (2002) -Opinión Consultiva No. 17, párr. 101-102.

Preciso resulta considerar además que, a pesar de que la autonomía progresiva impacta con mayor fuerza el ámbito de los derechos de la personalidad de NNA, también se ha empezado a replantear el sistema de capacidad basado exclusivamente en el factor etario en el ámbito de los derechos patrimoniales. De ahí que, por ejemplo, De Lama advierte la obsolescencia y la necesidad de matizar la capacidad en el ámbito patrimonial a través de la denominada capacidad natural. No obstante, reconoce que la apreciación de la existencia de condiciones de madurez debe hacerse de forma más flexible en el ámbito patrimonial, en tanto los intereses económicos del NNA coexisten con otros intereses, haciendo conveniente –a fin de mantener la seguridad del tráfico jurídico– el establecimiento de criterios orientativos sobre cuando el NNA puede actuar por sí mismo<sup>109</sup>.

En similar sentido, Berti postula la necesidad de avanzar hacia lo que denomina una:

tutela *dinámica* del –sujeto– menor –de edad–, que, de un lado, protegiese su patrimonio respecto de la posible celebración de contratos extraños a sus propios intereses; pero, de otro, le permitiera manifestar

---

<sup>109</sup> De Lama (2006), pp. 18-19. Por su parte, Vargas advierte que el principio de autonomía progresiva resulta extensible al ámbito patrimonial, destacándose, por tanto, la imperiosa necesidad de sustituir el régimen de representación por un sistema de asistencia y cooperación. Afirma el autor que este sistema permite que la persona menor de edad pueda actuar por sí misma sin que su voluntad sea sustituida, pero debiendo contar con el asentimiento del asistente como garante de su ISDN. Aunado a ello, aboga por el establecimiento de un sistema que, considerando el criterio objetivo, a través de la imposición de edades que habiliten el ejercicio autónomo de los derechos, permita ser desvirtuada por las condiciones de madurez. Vargas (2021), p. 290.

externamente sus necesidades y satisfacerlas, teniendo la posibilidad económica de hacerlo, a través de la conclusión de contratos válidos.<sup>110</sup>

Advertida tal circunstancia, lo cierto es que la fuerza del principio de autonomía progresiva se refleja con todo su potencial en los derechos de la personalidad, que son por esencia indelegables y no admiten representación. Este reflejo nos permite afirmar, como regla general, la capacidad de ejercicio por parte de NNA, que excepcionalmente puede limitarse atendiendo a:

- a. La carencia de conocimiento natural o discernimiento, en tanto el NNA no ostente la aptitud de entender y querer –capacidad natural– en relación con el grado de conocimiento del acto que el sujeto va a realizar, así como el grado de libertad del NNA que debe ser asimilable al exigido a los adultos a la hora de adoptar la decisión.
- b. Respecto de actos o relaciones expresamente excluidas por ley.

Corolario: la autonomía progresiva permite el reconocimiento de la capacidad natural como *substratum* básico de la capacidad de ejercicio y, en definitiva, de la validez de los actos y relaciones jurídicas que han dejado de limitarse exclusivamente por el criterio etario.<sup>111</sup> Sin embargo, tal circunstancia evoca una mayor complejidad frente a la comprensión de las circunstancias que permitan determinar cuando los NNA

---

<sup>110</sup> Berti (2016), p. 97. Desde la postura contraria, Turner y Varas, abogan por mantener en el ámbito patrimonial un sistema binario objetivo, motivados por la seguridad, facilidad y menor costo que resulta la demostración de la edad frente a la comprobación de las condiciones de madurez que requeriría el sistema gradual subjetivo. Afirman en este sentido, que la incorporación del criterio subjetivo terminaría perjudicando las posibilidades de contratación de los adolescentes, en tanto se produciría una suerte de resistencia de facto a contratar con los sujetos menores de edad, disminuyendo la fluidez y eficacia del tráfico jurídico. Tal circunstancia es subsanada bajo el modelo objetivo a través de las reglas de representación civil que busca la protección de los NNA a través de una limitación a su autonomía de obrar, pero cuyo punto de partida es el ISDN, por lo que no resulta intolerablemente paternalista. Turner y Varas (2021), pp. 160-161.

<sup>111</sup> Asensio (2012), p. 25.

adquieren esa capacidad natural –marcada por el tránsito de una heteronomía hacia una autonomía–, lo cual vindica una necesaria incursión de la psicología en el ámbito de los derechos de la infancia y la adolescencia, especialmente relevante el análisis sobre el desarrollo evolutivo.

### **3.1 Breves consideraciones sobre la teoría del desarrollo evolutivo de Piaget, Inhelder y Kohlberg**

Indispensable en este análisis, resulta el desarrollo evolutivo aportado desde la psicología, que nos ofrece información sobre el desarrollo moral de los NNA. Así, el modelo cognitivo de Piaget representa un cambio paradigmático en la visión del niño/a<sup>112</sup> desde un organismo pasivo y condicionado enteramente por el ambiente, hacia un sujeto activo en la construcción de su desarrollo en el que intervienen factores como la maduración de las estructuras físicas heredadas, experiencias físicas con el ambiente, transmisión social de la información y equilibrio, que permiten reconocerlo como el padre de la teoría constructivista del aprendizaje.

Para Piaget el desarrollo psíquico de los seres humanos se concibe como una evolución constante hacia el equilibrio, en otras palabras, un “progresivo equilibrarse”. En ese sentido, intenta describir la evolución de NNA en términos de equilibrio, de forma tal que el desarrollo mental se identifica con una construcción continua en la que intervienen: a) estructuras variables –formas de organización de la actividad mental– que definen los estadios sucesivos y b) un cierto funcionamiento

---

<sup>112</sup> En este sentido lo reconoce incluso Vygotsky –crítico de su teoría– quien confirma los grandes aportes generados por Piaget a la psicología, al reconocer que su obra revolucionó el estudio del pensamiento y lenguaje infantil a partir del desarrollo del método clínico de exploración de las ideas y siendo el primero en estudiar sistemáticamente la percepción y la lógica en el niño/a. Continúa exaltando la audacia y amplitud del enfoque de Piaget, que en lugar de registrar las deficiencias del razonamiento en la infancia, centró su estudio en las diversas características del pensamiento en el niño/a, en sus cualidades y potencialidades. Vygotsky (1986), pp. 12-13.

constante –móviles generales de la conducta y el pensamiento– que asegure el paso al nivel siguiente.<sup>113</sup>

Bajo este modelo, Inhelder y Piaget reconocen la existencia de 4 estadios de desarrollo, a saber: sensoriomotor, preoperacional, de las operaciones concretas y de las operaciones formales, las cuales, si bien se relacionan con ciertos niveles de edad pueden encontrar gran variación debido a la compleja interacción de factores innatos y ambientales. Estos estadios del desarrollo intelectual dan lugar a transformaciones paralelas en el ámbito afectivo, social y moral, que permiten a los NNA adoptar decisiones con un menor o mayor grado de independencia, los que, en definitiva, concretan la capacidad natural.

Es precisamente a raíz de lo que Inhelder y Piaget denominan la “unidad funcional” que enlaza en un todo, las reacciones cognoscitivas, afectivas, sociales y morales en los distintos estadios de desarrollo que se les asigna el carácter de indisociables y, por tanto, aspectos complementarios de la conducta humana.<sup>114</sup> Por tal motivo, procedemos a continuación, a describir brevemente estos estadios, haciendo particular hincapié en los principales hitos del desarrollo intelectual y moral como factores determinantes del tránsito de la heteronomía a la autonomía.

El primer *estadio sensoriomotor*, que por el extraordinario desarrollo mental que representa, Piaget lo reconoce como una auténtica *revolución copernicana*, comprende el periodo entre el nacimiento y los dos años. Durante este periodo es posible evidenciar el tránsito desde una conducta guiada por tendencias instintivas –en el nacimiento la vida mental se reduce al ejercicio de aparatos reflejos, coordinaciones sensoriales y motrices– hacia acciones dirigidos intencionalmente a la consecución de resultados *como auténticas exploraciones*, en las que se modifican intencionalmente los movimientos a fin de estudiar el

---

<sup>113</sup> Piaget (1991), pp. 11-13.

<sup>114</sup> Inhelder y Piaget (1991), p. 129; Piaget (1991), p. 26.



resultado de dichas variaciones. Similar situación acontece respecto de la comprensión de los objetos, pues inicialmente se ostenta una comprensión limitada y exclusiva que gira en torno al propio cuerpo, que con el inicio del lenguaje y el pensamiento permiten entender la existencia permanente e independiente de los mismos.<sup>115</sup>

En cuanto al mecanismo de aprendizaje más temprano es el de *reacción circular* que consiste en la adquisición de una nueva experiencia, pues en lugar de repetirse constantemente se van incorporando nuevos elementos que junto con los anteriores constituye totalidades organizadas más amplias. La inteligencia propia de esta etapa es aquella previa al lenguaje y que dice relación con una inteligencia práctica que se aplica a la manipulación de objetos basada en las percepciones y movimientos organizados.<sup>116</sup>

En el aspecto emocional se evidencia también profundas transformaciones, que parte con el surgimiento de sentimientos elementales relacionados con las modalidades de la propia actividad, lo agradable y lo desagradable, el placer y el dolor, que dependen de la acción propia y no de la consecuencia de las relaciones mantenidas con los demás, este nivel afectivo testimonia una especie de egocentrismo general. Con el progreso de la inteligencia, los sentimientos se amplían, incluyendo alegrías y tristezas relacionadas con el éxito y fracaso de los actos intencionados, esfuerzos e intereses, fatigas, estados afectivos que, sin embargo, permanecen relacionados exclusivamente con las acciones de sujeto. Mientras que paralelamente con la identificación de los objetos concebidos como exteriores, esos sentimientos serán puestos a prueba en función de esa objetivación, dando paso a los sentimientos interindividuales que originan las simpatías y las antipatías que serán fortalecidas en el siguiente periodo.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Piaget (1991), pp. 17-24.

<sup>116</sup> Piaget (1991), p. 20.

<sup>117</sup> Piaget (1991), pp. 26-28.

Durante el segundo *estadio preoperacional* –comprendido entre los 2 y los 7 años– es en virtud de la influencia del lenguaje y la socialización que se adquiere la capacidad de pensar en objetos y personas ausentes –pensamiento representacional– así como la de anticipar las acciones futuras incluso sustituirlas por las palabras, aunque nunca se realicen. Su visión del mundo se caracteriza por el animismo de los objetos, atribuyendo estados intencionales y rasgos humanos que inicialmente se imputa a todo objeto que ejerce una utilidad humana, después se reserva a los objetos móviles y finalmente a los cuerpos que parecen moverse por sí mismos. Igualmente, se caracteriza por el artificialismo como creencia de que las cosas han sido construidas por el hombre o una actividad dividida siguiendo una pauta de fabricación humana.<sup>118</sup>

Se caracteriza por ser un estadio prelógico basado en el mecanismo de la intuición, pero que también evoca transformaciones desde una *intuición primaria* hacia una *intuición articulada*. Efectivamente, se inicia con la simple interiorización de las percepciones primarias rígidas e irreversibles y que son asimilables al esquema sensoriomotor. Posteriormente, gracias a la prolongación de esa interiorización se avanza hacia una *intuición articulada* en la que una anticipación de las consecuencias de esta acción y de una reconstitución de los estados anteriores permite alcanzar un nivel de equilibrio más estable y móvil, aunque siga siendo irreversible.<sup>119</sup> Es esencialmente un periodo caracterizado por el egocentrismo –entendido como la indiferenciación entre el punto de vista propio y el de los demás– así como por la rigidez e irreversibilidad del pensamiento.

A partir de la posibilidad de comunicación del niño/a con el ambiente, surgen los sentimientos de simpatía hacia personas que comparten intereses y valores, y sentimientos de antipatía respecto de aquellos con los que se presenta una ausencia de gustos y valores comunes. Ahora bien, los primeros sentimientos morales encuentran su fundamento

---

<sup>118</sup> Piaget (1991), pp. 28, 34, 39 y 41.

<sup>119</sup> Piaget (1991), pp. 46-48.

en las órdenes dadas por los seres respetados, que son interpretadas como obligatorias y que forman el sentido del deber, por lo que la primera moral del niño/a, afirma Piaget, es la obediencia, y el primer criterio del bien es la voluntad de sus padres. Esta moral característica de la primera infancia es en esencia heterónoma, en tanto, está supeditada a la voluntad exterior, surgida en el respecto unilateral del niño/a hacia sus padres o adultos.<sup>120</sup> Durante esta primera etapa no se logra diferenciar la justicia de la autoridad, resultando justo aquello que el adulto ordena.<sup>121</sup>

El tercer *estadio de las operaciones concretas* –comprendido entre los 7 y los 12 años– se caracteriza por la capacidad de usar operaciones mentales y la lógica para reflexionar sobre los hechos y los objetos del ambiente, permitiendo abordar los problemas de forma más sistemática. El paso de las intuiciones –características del estadio precedente– a las operaciones concretas se genera a partir del momento en que se constituyen sistemas de conjunto a la vez componibles y reversibles, que permite al niño/a entender que las operaciones pueden invertirse o negarse mentalmente. En definitiva, el pensamiento se demuestra menos rígido y egocéntrico.<sup>122</sup>

Durante esta etapa el niño/a organiza e interpreta el mundo a través de tres operaciones mentales: seriación, clasificación y conservación. La seriación es la coordinación de relaciones asimétricas, las cuales varían, siempre que a los 7 años se descubre las referentes a longitudes o tamaños, mientras que la seriación lógica de los pesos se adquiere a los 9 años, mientras que hasta los 11 o 12 años se logra comprender la seriación de los volúmenes. Por su parte, la clasificación permite catalogar los objetos de acuerdo con sus características en el conjunto en que están incluidos. Finalmente, la capacidad de asimilar el principio de conservación que permite entender que un objeto permanece igual a

---

<sup>120</sup> Piaget (1991), pp. 51-52; Piaget (1987), pp. 338-339.

<sup>121</sup> Piaget (1987), p. 238.

<sup>122</sup> Piaget (1991), pp. 54, 67 y 68.

pesar de los cambios superficiales de su forma o de su aspecto físico, no determinada por la identidad, sino por la posibilidad de retorno al punto de partida.<sup>123</sup>

Se genera en este estadio un principio de reflexión, que permite al niño/a pensar antes de actuar a través de un proceso de deliberación interior, que permite abandonar las conductas impulsivas de la primera infancia acompañadas de ese egocentrismo intelectual. Aparece aquí, derivado del sistema de coordinaciones sociales e individuales, una moral de cooperación y de autonomía personal que permite, en definitiva, liberar al niño/a “de la mística de la palabra adulta”.<sup>124</sup>

Derivado de la reciprocidad y cooperación característica de las relaciones entre niños/as y las formas de vida social, se da origen a sentimientos morales distintos a la obediencia exterior. Así se manifiesta, por ejemplo, en la aceptación de las reglas, en las que como manifestación del respeto mutuo, la regla es respetada no por ser producto de la voluntad exterior, sino como resultado del acuerdo explícito o tácito. Particularmente importante es el surgimiento del sentimiento de justicia distributiva basada en una estricta igualdad y de una justicia distributiva que tenga en cuenta las intenciones y las circunstancias, sentimientos que aparecen a expensas de los adultos, pero que se desarrollan en la práctica de cooperación y respeto mutuo de los niños/as.<sup>125</sup>

El paso gradual del respeto unilateral al respeto mutuo provoca una relativa autonomía de la conciencia moral de los individuos. Sin embargo, no es posible desconocer que la voluntad relacionada con el funcionamiento de los sentimientos morales autónomos es una función de aparición más tardía.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Piaget (1991), pp. 64, 70 y 72.

<sup>124</sup> Piaget (1987), p. 339; Piaget (1991), pp. 57-58.

<sup>125</sup> Piaget (1991), pp. 77-78.

<sup>126</sup> Piaget (1991), p. 79.

Finalmente, el *estadio de las operaciones formales* –comprendido entre los 12 años en adelante– resulta interesante por la capacidad de comprender los problemas inactuales, y por facilidad para elaborar teorías abstractas. Se caracteriza por alcanzar un pensamiento hipotético-deductivo, en tanto se es capaz de deducir las conclusiones de simples hipótesis, permitiendo generar las más variadas reflexiones y teorías desligadas de lo real, que posibilitan, como plantea Piaget, la “libre actividad de la reflexión espontánea”.<sup>127</sup>

Tal circunstancia nos conlleva también a un cierto egocentrismo intelectual manifestado en el infinito poder de la reflexión, como si el mundo pudiera someterse a los sistemas y no los sistemas a la realidad, catapultándose entonces como la “edad metafísica por excelencia”. Sin embargo, ese egocentrismo tiende progresivamente a morigerarse con el equilibrio entre el pensamiento formal y la realidad, adaptación que se define cuando el adolescente deja su papel de reformador por el de realizador.<sup>128</sup>

Ahora bien, en el ámbito afectivo este periodo inicia con la conquista de la personalidad y de su inserción en la sociedad adulta a través de sus proyectos de vida. Aun cuando el inicio de la personalidad se genera a partir de los 8 a los 12 años con la organización autónoma de reglas y valores, cierto es que esta requiere también un sistema único que asimile el yo de forma *sui generis*, a partir de la construcción de un programa de vida que se constituya a la vez como fuente de disciplina de la voluntad e instrumento de cooperación,<sup>129</sup> circunstancia que se genera solo a partir de la adolescencia.

En el desarrollo de esta etapa la cooperación permite asumir una postura crítica frente a la convicción propia del egocentrismo y la confianza ciega en la autoridad adulta. A partir del control mutuo productivo

---

<sup>127</sup> Piaget (1991), pp. 83-85.

<sup>128</sup> Piaget (1991), pp. 86, 87 y 92.

<sup>129</sup> Piaget (1991), pp. 87-88.

de la cooperación se permite la reflexión y la verificación objetiva, que da paso a la interiorización de las reglas y el surgimiento de una nueva moral que sucede al deber puro<sup>130</sup> –el inicio del desarrollo moral autónomo puede generarse incluso a partir de los 12 años–.<sup>131</sup> Paralelamente, se accede a una noción más elaborada de justicia que se puede asimilar a la equidad y en la que se matiza el igualitarismo, considerando que la igualdad no puede verse al margen de la situación concreta de cada individuo.<sup>132</sup>

Reconociendo los aportes de Piaget, es preciso considerar también una de las mayores críticas –que a nuestro juicio– se ha realizado a su teoría, correspondiente a la insuficiencia del valor asignado al elemento sociocultural en el desarrollo de los NNA. Por esta razón, Vygotsky considera que en el desarrollo del individuo resultan fundamentales también la cultura, la historia y las experiencias personales<sup>133</sup>. Al efecto, señala que los elementos biológicos juegan un rol menor en el desarrollo del individuo, mientras que los factores socioculturales son determinantes en las funciones psicológicas superiores. Así sucede con el lenguaje y el pensamiento verbal que no se constituyen como formas innatas o naturales de la conducta, sino que van determinadas por un proceso histórico-cultural cuyas reglas no se adecuan a las formas naturales de la palabra.<sup>134</sup>

Precisada una de las mayores críticas a la teoría de Piaget, es también valioso recordar que, desde sus aportes se continuó estudiando el proceso de desarrollo evolutivo, siendo interesante resaltar la teoría de Kohlberg quien intentó explicar el razonamiento moral como un proceso que se lleva a cabo durante toda la vida y que tiene una estrecha vinculación con el desarrollo cognitivo. Identificó así tres niveles a

---

<sup>130</sup> Piaget (1987), pp. 340-341.

<sup>131</sup> Inhelder y Piaget (2016), pp. 15 y ss.

<sup>132</sup> Piaget (1987), p. 239.

<sup>133</sup> Vygotsky (1986), pp. 55-57.

<sup>134</sup> Vygotsky (1986), pp. 94-95.

saber: preconvencional, convencional y posconvencional, al interior de cada uno de los cuales se encuentran 2 estadios, siendo el segundo estadio en el que se representa una forma más avanzada y organizada de la perspectiva general de cada nivel.<sup>135</sup>

En el *nivel I Preconvencional* –en el que se encuentran la mayoría de los niños menores de 9 años– la moralidad está controlada externamente, sin que se pueda entender y mantener las normas sociales convencionales. El razonamiento moral se basa en las percepciones de las probabilidades de recompensa y castigos externos, y lo correcto se identifica con aquello que evita el castigo o produce una recompensa. En este nivel es posible además verificar el *estadio 1* guiado fundamentalmente por la orientación al castigo y la obediencia, por lo que la bondad o maldad del acto dependen de las consecuencias, no se consideran los intereses de la otredad, sin que se puedan diferenciar de los propios, una moral esencialmente heterónoma. Posteriormente, en el *estadio 2* se evidencia una orientación al individualismo y el propósito, por lo que lo correcto es lo que satisface los propios intereses, sin que ello conlleve a desconocer la existencia de los intereses de terceros. Lo correcto es aquello que es a su vez justo, lo que es un acuerdo, un trato. Una moral caracterizada por el individualismo.<sup>136</sup>

En el *nivel II Convencional* –en el que se encuentran la mayoría de los adolescentes y adultos– se genera una mayor conformidad y mantenimiento de las normas, expectativas o acuerdos de la sociedad. El razonamiento social es menos egocéntrico y la persona defiende el valor de adecuarse a las expectativas morales de los otros. Aquí identificamos el *estadio 3* en el que cobra mayor relevancia la orientación al acuerdo interpersonal y la perspectiva del grupo, de forma que se forja la necesidad de establecer unas mutuas relaciones de gratitud, lealtad y confianza, y en el que se genera una conciencia de superioridad de los sentimientos compartidos sobre los intereses individuales –moralidad

---

<sup>135</sup> Kohlberg (1992), p. 190.

<sup>136</sup> Kohlberg (1992), pp. 187-188.

interpersonal-. Posteriormente, en el *estadio 4* el bien se relaciona con el cumplimiento de las obligaciones acordadas –incluso por encima de otros deberes sociales– y en la que la principal motivación para actuar bien es el mantenimiento de la institución en funcionamiento a fin de evitar el colapso del sistema –moralidad del sistema social–.<sup>137</sup>

Finalmente, asistimos al *Nivel III Postconvencional* –en el que se encuentran una minoría de los adultos después de los 20 años–. Este nivel de razonamiento moral se basa en juicios independientes del propio individuo, que, no obstante ajustar su comportamiento a las reglas sociales, dicha aceptación se valida en los principios que subyacen a dichas reglas, que en caso de conflictos preferirá los principios por sobre el acuerdo. Encontramos aquí el *estadio 5* en el que coexisten una multiplicidad de valores y opiniones que se aceptan en tanto relativas a un grupo específico, sin desconocer la existencia de ciertos valores y derechos no relativos, tales como la vida y la libertad que deben mantenerse en cualquier sociedad. El razonamiento de la persona considera que las leyes y las reglas sociales son importantes, pero también que es sustancial cuestionarlas y cambiarlas, si se convierten en obstáculos para la realización de los ideales como la libertad y la justicia –moralidad de derechos humanos y bienestar social–. Por último, en el *estadio 6* se genera una orientación a los principios éticos universales, en el que la persona interioriza un código moral independiente que se basa en principios universales. Cuando las leyes entran en conflicto con esos principios, se prefiere actuar de conformidad con esos principios universales de la justicia, la igualdad de los derechos humanos y el respeto a la dignidad de las personas –en esencia una moralidad de principios–.<sup>138</sup>

Precisamente a partir de los aportes de la psicología evolutiva, es que se vindica las diversas capacidades y estadios de madurez que se adquieren progresivamente antes de llegar a la vida adulta. Ciertamente, tanto el desarrollo moral como cognoscitivo que se

---

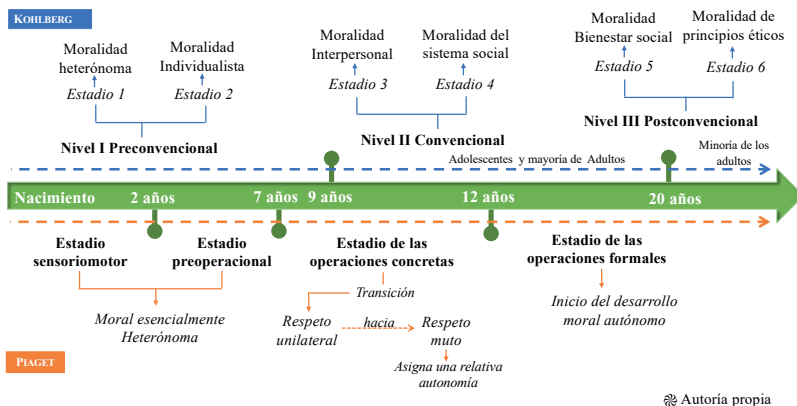
<sup>137</sup> Kohlberg (1992), pp. 187-189.

<sup>138</sup> Kohlberg (1992), pp. 187, 188 y 189.



alcanza por muchos niños/as es comparable con el alcanzado por los adultos, aunque las habilidades mejoran a lo largo de la adolescencia. En este escenario, se exige la correlatividad del ejercicio autónomo de los derechos –no limitada exclusivamente por el hecho de haber llegado o no a una determinada edad– sino respecto de las condiciones particulares de cada NNA en su proceso gradual de crecimiento.

No obstante, cierto es también que estas teorías nos brindan cierta información sobre las edades relevantes –siempre sujetas a variaciones– que marcan el desarrollo moral evolutivo, y desde las que se puede inferir los momentos en los que el sujeto empieza a adquirir las aptitudes necesarias para entender y querer el acto a realizar, así como las posibles repercusiones del mismo. Circunstancia que se deja planteada en el siguiente gráfico.



Autoria propia

Figura 2. Postulados Kohlberg v. Piaget.

Más recientemente, cobra relevancia el papel de la neurociencia en el análisis de las condiciones de madurez que permitan a un NNA adoptar una decisión de forma competente. Sucede entonces que a partir de la neurociencia se relativiza la capacidad que se había asignado a los NNA a partir de las edades relevantes mencionadas por la psicología evolutiva, al considerar que si bien se puede obtener las suficientes capacidades cognitivas –relacionadas con el desarrollo del sistema

límbico– ello no es directamente proporcional a sus habilidades psico-sociales –que atienden al desarrollo de los lóbulos frontales–.<sup>139</sup>

En efecto, los lóbulos frontales encargados de ejercer la función cognitiva ejecutiva, que permiten la planificación, la resolución de situaciones problemáticas, la focalización atencional y el control de impulsos, se desarrollan lentamente con el crecimiento con una maduración que puede variar desde los 25 a los 30 años de edad.<sup>140</sup>

Ante tal evidencia, se sostiene que, si bien los adolescentes pueden ostentar una capacidad cognitiva similar a la de los adultos, ello no sucede con la capacidad psicoemocional que por lo general no está desarrollada. Tal circunstancia implica que una serie de capacidades se encuentren de forma más limitada en los adolescentes en relación con: a) el control de impulsos, b) la búsqueda de sensaciones y sensibilidad a la recompensa que impide que los adolescentes adopten decisiones previniendo las consecuencias a mediano y largo plazo, favoreciendo la adopción de decisiones de riesgo especialmente en situaciones emocionales y c) una menor resistencia a la influencia de los compañeros.<sup>141</sup>

Por ello, De Montalvo sugiere la necesidad de un análisis mucho más cuidadoso del elemento subjetivo a fin de determinar cuándo un NNA es realmente capaz de adoptar una decisión, limitando sus decisiones a aquellas que no representen situaciones de riesgo y cuyos efectos sean inmediatos –excluyendo, por tanto, aquellas que tengan consecuencias a largo o mediano plazo–.<sup>142</sup> Por su parte, Grootens propone un proceso de doble consentimiento que permita el equilibrio entre la postura del NNA y la función protectora de los progenitores.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Así, Grootens *et al.* advierten que “this means that even though an adolescent can have intellectual maturity, this does not automatically imply the presence of emotional and social maturity”. Grootens *et al.* (2017), p. 5.

<sup>140</sup> Plaza (2018), p. 97.

<sup>141</sup> Steinberg (2013), p. 262. Grootens *et al.* (2017), p. 5; De Montalvo (2019), p. 233.

<sup>142</sup> De Montalvo (2019), pp. 233 y ss.

<sup>143</sup> Grootens *et al.* (2017), p. 7.

Si bien parece conveniente atender a los avances generados desde la neurociencia, también es cierto que, a pesar de la advertencia del desarrollo tardío del lóbulo frontal, no existe unanimidad acerca del tiempo en que se logra su maduración, vindicándose que puede extenderse incluso hasta los 30 años de edad.<sup>144</sup> Además, conviene recordar que en el análisis de la capacidad de los sujetos menores de edad debe también incluirse el análisis de otros criterios, como la entidad del derecho afectado, que permite verificar tanto la intensidad como el riesgo asumido por el NNA, a partir del cual se define el estándar de capacidad exigido.

### 3.2 De los factores que exige considerar la autonomía progresiva

Precisadas las distintas fases de desarrollo que se atraviesan desde el nacimiento pasando por la adolescencia e incluso en la adultez, así como los diversos factores tanto innatos como socioculturales que influyen en ese proceso, es que se vindica el reconocimiento de la autonomía progresiva. Efectivamente, la autonomía progresiva trae aparejada la necesidad de considerar –además del factor etario– otros factores como son las condiciones de madurez y la entidad del derecho afectado, a la hora de evaluar la trascendencia y validez de los actos jurídicos y las múltiples relaciones en las que los NNA se desenvuelven.

Particularmente, el concepto de condiciones de madurez no es “uni-factorial pues implica el desarrollo de diferentes capacidades, ya sean cognitivas, ético-morales y emocionales”,<sup>145</sup> íntimamente ligadas a las vivencias diferenciadas derivadas de los contextos culturales y sociales

---

<sup>144</sup> Plaza (2018), p. 97. El atender de forma estricta los planteamientos de la neurociencia sobre el desarrollo tardío del lóbulo frontal podría conllevar a la necesidad de limitar la capacidad que se asigna a partir de la denominada mayoría de edad, puesto que no existe tampoco una certeza sobre la suficiencia de capacidad emotiva que les permita adoptar decisiones competentes en los diversos ámbitos de la vida, incluidos los derechos civiles y políticos.

<sup>145</sup> Esquerda, Pifarre y Miquel (2011), p. 65.

en los que se desarrollan los NNA, condiciones que, por tanto, se van adquiriendo progresivamente.

En principio, la madurez requiere atender al desarrollo psíquico, el raciocinio, el autocontrol de la voluntad y la racionalidad de la opinión, esto es, que la opción adoptada por el NNA sea congruente con los fines contemplados, las metas sean razonablemente alcanzables en el marco de realidad vital en la que se desenvuelve. No obstante, frente al ámbito extrapatrimonial en el que se involucran áreas y proyecciones no racionales de la vida y personalidad del NNA, la valoración de la madurez no puede agotarse en los aspectos meramente racionales, debiendo también considerar los relacionados con el ámbito emocional –los sentimientos, miedos, frustraciones, etc.–.<sup>146</sup>

Además de las complejidades que evoca la ausencia de un concepto unívoco de madurez, se requiere concebirlo en su dinámica correlacional con los factores de edad y entidad del derecho afectado. De esta manera, la valoración de la madurez debe hacerse en referencia a la trascendencia de las decisiones, actos o conducta realizados por el sujeto, en la medida que “a mayor entidad del acto, con relación a los derechos fundamentales más esenciales, o a mayor peligrosidad, mayor será el grado de edad y madurez que el ordenamiento jurídico debe exigir al niño o adolescente para reconocer su autonomía”.<sup>147</sup>

Efectivamente, las condiciones de madurez no pueden verse al margen de la entidad del derecho afectado considerando el impacto que la decisión tendrá en el pleno desarrollo de su personalidad. Por este motivo, se exige considerar que la capacidad de discernimiento vendrá determinada en gran medida por las características propias del acto jurídico a realizar.<sup>148</sup> Por tanto, una aproximación *a priori* y abstracta de las condiciones necesarias para ejercer los derechos de la personali-

---

<sup>146</sup> Rivero (2007) pp. 298-299.

<sup>147</sup> Barcia (2013-a), p. 23. En el mismo sentido, Lathrop (2013), p. 946; Herrera (2019), p. 48.

<sup>148</sup> Cadenas (2018), p. 799; Bartolomé (2015), p. 114; Asensio (2012), p. 33; Valero (2009), p. 55.

dad resulta compleja, pues esa determinación no puede apartarse de la naturaleza del acto que se celebra, ya que no todos requieren condiciones de madurez homogéneas.

En cuanto al momento en que debe producirse la evaluación de las condiciones de madurez que determinan la capacidad natural, Asensio considera que debe generarse *a posteriori* de la realización del acto, bien sea por parte del juez o por la persona que deba asumir el riesgo. Sin embargo, reconociendo que la determinación posterior deja abierto un cierto grado de incertidumbre en las relaciones jurídicas, el autor lo considera justificado por la trascendencia de los derechos de libre desarrollo de la personalidad del NNA.<sup>149</sup> No obstante, coincidimos con Bartolomé cuando apunta que esa determinación puede generarse de forma previa –siempre que sea posible– valorando según el acto a realizar, la edad, la experiencia, la formación, el grado de madurez y la capacidad de juicio sobre los riesgos probables,<sup>150</sup> puesto que ello permitiría además de evitar perjuicios irremediables, limitar el grado de inseguridad jurídica en las relaciones.

Ahora bien, respecto de la autoridad encargada de determinar las condiciones de madurez requeridas, parece que, en principio, serían los propios padres los llamados a calificarlas en virtud de ser quienes mayor proximidad y conocimiento tienen del NNA, sin embargo, tal facultad no se genera de forma exclusiva. Ciertamente, será en las situaciones de conflicto en las que se pueda recurrir a una forma más objetiva de determinarlas,<sup>151</sup> bien sea por el establecimiento de criterios determinados por el propio ordenamiento jurídico a efectos de fijar las

---

<sup>149</sup> Asensio (2012), p. 33.

<sup>150</sup> Bartolomé (2015), pp. 117-118.

<sup>151</sup> Barcia (2013-a), p. 41; Bartolomé (2015), p. 118.

condiciones de madurez que un acto requiere,<sup>152</sup> o a través de una auto-  
ridad o administrativa<sup>153</sup> o judicial.<sup>154</sup>

A su vez, el proceso de valoración de las condiciones de madurez no resulta sencillo, circunstancia que como advierte De Montalvo se deriva de 2 razones fundamentalmente. La primera relacionada con la inexistencia de procedimientos estandarizados y de formación especializada de los profesionales que realizan dicha valoración y la segunda derivada la intensa conexión que existe entre la valoración de la competencia del NNA con los juicios de valor y prejuicios arraigados. Particularmente en el ámbito sanitario, los médicos e investigadores tienden a juzgar a un NNA como maduro, siempre que su decisión se ajusta a sus propias ideas y sistema de valores, de forma tal que la competencia se mide por el contenido de la decisión conforme o no a la cultura valórica

---

<sup>152</sup> Al efecto, algunos ordenamientos jurídicos contemplan presunciones *iuris tantum* sobre la capacidad de ejercicio de ciertos derechos en relación con determinadas edades. Verbigracia, el art. 26 del Código civil y Comercial de Argentina consagra que los adolescentes entre 13 y 16 años tienen derecho a decidir sobre tratamientos no invasivos si no conllevan un grave riesgo para su salud, mientras que a partir de los 16 años se consideran como adultos en relación con las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo. También el art. 9. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de España establece que, en todo caso, se considera que reúne las condiciones de madurez en relación con el derecho a ser escuchado, aquel que tenga cumplidos los 12 años.

<sup>153</sup> Así por ejemplo, en el contexto sanitario conviene recordar que el art. 17 de la Ley No. 20.584 de Chile establece que cuando el profesional de la salud tenga cuestionamientos respecto de la competencia o condiciones de madurez del paciente menor de edad, debe de solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento. Similar situación acontece con el art. 9. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de España, que en relación con la evaluación de las condiciones de madurez necesarias para ejercer personalmente el derecho a ser escuchado, remite al personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del NNA como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto.

<sup>154</sup> Verbigracia, el art. 17 de la Ley No. 20.584 de Chile consagra que ante la inconformidad respecto del informe del Comité de ética médica sobre la competencia del paciente y tratándose de NNA que refieren a las condiciones de madurez necesarias para adoptar una decisión, el interesado o cualquier persona en su nombre puede solicitar a la Corte de Apelaciones la revisión del caso y la adopción de las medidas necesarias.

predominante y no por el proceso de razonamiento y las condiciones macro y micro que condicionan el grado efectivo de madurez.<sup>155</sup>

Tales circunstancias, afirman Esquerda, Pifarre y Gabaldón conllevan el riesgo de llevar a “valoraciones más polares, apriorísticas y reduccionistas considerando a todo [sujeto] menor capaz para decidir o, al revés, considerando que, en cualquier caso, son los padres quienes deben conocer y tomar la decisión, sin tener en cuenta en ninguno de los dos casos un algoritmo de decisión”.<sup>156</sup>

Finalmente, resulta necesario considerar que sucede cuando un NNA no logra reunir las condiciones necesarias para ejercer un derecho de la personalidad. Si bien la indelegabilidad característica de los derechos de la personalidad impide su ejercicio a través de representante legal, ello no implica que los NNA que no reúnan las suficientes condiciones de madurez, no puedan ejercerlos dejándolos absolutamente desprotegidos. Resulta que, con el objetivo de lograr una efectiva heteroprotección del NNA, no es necesario atribuir a los progenitores el ejercicio por representación de los derechos de la personalidad, pues basta con las facultades atribuidas que permiten el cumplimiento de sus deberes paternos.<sup>157</sup>

Precisamente en esos casos que el NNA no reúna las condiciones de madurez suficientes, corresponde a los titulares de la patria potestad en cumplimiento de los deberes inherentes a la misma –especialmente su deber de velar por el ISDN– adoptar la decisión<sup>158</sup>, pero limitándose

---

<sup>155</sup> De Montalvo (2019), pp. 201, 202. En el mismo sentido Luengo (2016), p. 240; Hein *et al.* (2012), p. 5; Esquerda, Pifarre y Gabaldón (2009), p. 548; Gracia *et al.* (2001), p. 183.

<sup>156</sup> Esquerda, Pifarre y Gabaldón (2009), p. 548.

<sup>157</sup> Asensio (2012), p. 37.

<sup>158</sup> Atendiendo las particularidades del ordenamiento jurídico chileno, es que no es en virtud de las facultades derivadas de la patria potestad, pues -como se ha manifestado previamente- solo alcanza la esfera de los derechos patrimoniales, sino en virtud de la autoridad parental derivada del cuidado personal, que se ejerce el deber de protección del ISDN -contemplado en el art. 222 del Código Civil chileno- y que autoriza, en definitiva, a adoptar la decisión.

sobre todo a situaciones de necesidad o para evitar un perjuicio al NNA. En definitiva, la intervención de los progenitores se presenta más desde una función de protección, que desde el sentido representativo o sustitutivo en el ejercicio de los derechos de la personalidad de NNA.<sup>159</sup>

### 3.3 Manifestaciones de la autonomía progresiva

En el mundo jurídico esa autonomía progresiva se concreta a través de tres manifestaciones, a saber: a) el derecho del NNA a ser escuchado, b) la necesidad de concurrencia de las voluntades de NNA y padres o representantes legales y, c) el ejercicio autónomo de derechos por parte de NNA que reúnan las condiciones de madurez en relación con la entidad del derecho afectado.<sup>160</sup> Manifestaciones que, en todo caso, no

---

<sup>159</sup> En este sentido, Bartolomé, apunta a que “si bien es cierto que el carácter personalísimo de los derechos de la personalidad excluye la intervención de los representantes legales, ello no significa que los progenitores, como responsables parentales, deban eludir su deber natural de protección”. De ahí que el carácter personalísimo exija el máximo respeto tanto por la titularidad como por el ejercicio de los derechos por parte de NNA, sin que se llegue a excluir la intervención de los padres a fin de proteger el ISDN. Bartolomé (2015), pp. 159, 162 y, 163; Rivero (2007), p. 187.

<sup>160</sup> Así lo reconoce McCabe cuando advierte que en el ámbito sanitario “Children’s participation in this process occurs on a continuum, which can be understood in the framework of three levels of involvement: (a) information about illness, treatment; preparation for medical procedures; (b) shared decision making with parents/guardians; collaboration with caregivers, goalsetting; and (c) autonomous decision making, including choosing to defer to parents (proxy decision-maker)”. McCabe (1996), pp. 508-509. Particularmente frente a los derechos de la personalidad, Gorvein y Polakiewicz verifican a la autonomía como una pirámide constituida por niveles: a) en su base se ubica el derecho al bienestar del niño o el principio de defensa al mejor interés del niño; b) en la mitad es posible encontrar el derecho a la información y de expresión y c) en la cúspide de la pirámide se ubica la autodeterminación. Gorvein y Polakiewicz (1998), p. 1285. De forma similar, Rivero plantea que la participación del NNA en la definición de su propio interés, puede variar atendiendo al grado de madurez, verificándose que a) a veces se genera de forma efectiva y directa; b) otras veces, se revela una participación indirecta a través del derecho a ser escuchado; c) finalmente cuando la decisión de los padres no es libre, sino condicionada por el necesario respeto de la personalidad del NNA. Rivero (2007), p. 297. Por su parte, Herrera esboza desde la interrelación entre capacidad y representación, una graduación de la autonomía progresiva que varía desde: a) la representación *per se* respecto de NNA que carecen del grado de madurez suficiente -primera infancia-; b) la asistencia respecto de adolescentes -que se presume- ostentan cierto grado de madurez y c) autonomía respecto de los adolescentes frente a ciertos actos como el cuidado del propio cuerpo. Herrera (2019), p. 47.



ostentan contornos bien definidos, en tanto el paso del derecho a ser oído hacia la posibilidad de actuación propia por parte de NNA –con un mayor o menor grado de independencia– varía en los distintos supuestos y ordenamientos jurídicos.<sup>161</sup>

#### a) Derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta

Este derecho se incorpora expresamente en el plano internacional a través del art. 12 de la CDN, como uno de los cuatro principios generales de la convención – además del derecho a la vida, al desarrollo y el interés superior del niño/a–, otorgándole relevancia tanto como derecho como en su calidad de *máxima de interpretación* que posibilita orientar el resto del articulado presente en la CDN a su objetivo final de justicia sustancial.<sup>162</sup>

El derecho a ser escuchado mantiene una relación directa con otros derechos como el de participación, el de libertad de expresión, el de interés superior del niño/a y, a su vez, como parte integrante del debido proceso.<sup>163</sup> En este sentido, la CDN enfatiza la obligación de los

---

<sup>161</sup> Barcia (2006), p. 143; Barcia (2013-a), pp. 15-16.

<sup>162</sup> Comité de los derechos del niño/a (2009)- Observación General No. 12, párr. 2.

<sup>163</sup> Es en este entendido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisaría este vínculo entre el debido proceso y el derecho a ser oído en el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, en el que consideró que todo órgano judicial y cualquiera de poder público debe observar las debidas garantías incluida el derecho a ser escuchado, que permiten asegurar el derecho al debido proceso. En el mismo sentido, en el Caso Yatama vs. Nicaragua se señala que “el artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos”. Particularmente tratándose del derecho de los NNA a ser escuchados encontramos el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en el que se resalta que los NNA son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana incluido el art. 8.1 que consagra el derecho a ser oído, el que además “debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de los niños y las niñas con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”. CIDH (2005). Caso Yatama vs. Nicaragua. párr. 149; CIDH (2008). Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. párr. 75; CIDH (2012). Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. párr. 196.

Estados de garantizar estos derechos mediante un proceso continuo y permanente en el transcurso de los procedimientos o decisiones que involucren y afecten personas menores de edad –tanto en las iniciadas por el niño/a como a los iniciados por otras personas, pero que igualmente le afecten–.<sup>164</sup> De manera que, el escuchar la opinión del NNA no puede considerarse como un fin en sí mismo, sino un medio de garantía de sus derechos.

Ahora bien, el derecho de los NNA a ser escuchados debe ejercerse de conformidad con ciertos parámetros que dicen relación con el contexto, la ausencia de influencias indebidas y garantías de apoyo, los cuales se encuentran definidos a partir de la Observación General No. 12 del Comité. Ciertamente, se ha establecido la necesidad de garantizar el ejercicio de este derecho en un entorno adecuado y accesible para el NNA a partir del diseño de espacios amigables, la capacitación de personal en su tratamiento y adaptado en términos de lenguaje.<sup>165</sup>

A su vez, el Comité reitera que el derecho a ser escuchado debe ser ejercido libremente, esto es, sin la existencia de presiones o influencias indebidas, evitando los juicios de valor sobre sus opiniones y sentimientos, facilitando tanto la expresión de sus propias opiniones como el deseo de guardar silencio, considerando que el derecho a ser oído

---

<sup>164</sup> Este derecho a ser escuchado se extiende a todos los procedimientos que afecten al NNA. En materia jurisdiccional, ello “cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales”. CIDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina (2012), nota 369.

<sup>165</sup> Comité de los derechos del niño/a (2009)- Observación General No. 12, párr. 34.

es una opción, no una obligación.<sup>166</sup> Además, indispensable resulta considerar que a efectos de que el NNA pueda formarse una opinión y expresarla, es necesario que haya recibido la información necesaria sobre la cuestión a tratar, la cual no debe ser una información exhaustiva, sino una información suficiente y comprensible que le permita formarse un juicio sobre el asunto que lo afecte.

Finalmente, se debe garantizar la prestación de apoyo adecuado para la defensa de su interés, considerando al respecto que, si bien el derecho a ser escuchado puede ejercerse por medio de un representante o un órgano adecuado, se insta a privilegiar que el niño/a sea escuchado directamente en el procedimiento.<sup>167</sup>

Particularmente, respecto a la concreción del derecho a ser escuchado en el contexto judicial encontramos las Reglas sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, en las que partiendo del reconocimiento de los NNA como –sujetos– de una especial tutela por parte del sistema judicial en consideración a su desarrollo evolutivo –regla 5–, reconocen que su participación en actos judiciales exige llevarse a cabo en una sala adecuada; facilitando la comprensión de la información a través del uso de un lenguaje sencillo; evitando los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares –regla 78–.

Así también lo reconoce la CIDH en la Opinión Consultiva OC-17/02 a través de la cual establece que:

---

<sup>166</sup> Comité de los derechos del niño/a (2009), Observación General No. 12, párr. 22-25. Preciso resulta considerar que el derecho a ser oído se consolida con base en dos perspectivas, la primera de ellas como el derecho *per se* de ser oído, mientras que, por otro lado, se concibe como una garantía justamente antepuesta a lo anterior, esto es, el derecho a guardar silencio. Situación de la que se desprende que la autoridad no puede pasar por alto la posibilidad de escuchar al NNA a fin de definir su ISDN, pero tampoco llegar a constreñir al NNA a dar su opinión cuando no lo desee.

<sup>167</sup> Comité de los derechos del niño/a (2009)- Observación General No. 12, párr. 35-37.

(...) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.<sup>168</sup>

Ahora bien, independientemente del escenario en el que se manifieste el derecho a ser escuchado, los postulados de la propia CDN exigen que la opinión del NNA deba considerarse en función de su edad y madurez. De ello se desprende que el derecho a ser escuchado no puede restringirse sobre la base exclusiva del criterio cronológico,<sup>169</sup> pues ello conlleva a los riesgos propios de un proceso de rigidez en la aplicación de parámetros, desestimando consecuentemente la diversidad propia de los niños/as y sus experiencias de vida y formas de expresarse. Así, la propia Observación General No. 12 explicita que la expresión usada para declarar el derecho de ser escuchado a todo niño/a “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” no debe verse como una limitación, sino, por el contrario, como la exigencia a los Estados de presumir la capacidad de los NNA de formarse sus propias opiniones y de expresarlas, exigiendo así el respeto por las formas verbales y no verbales de comunicación como el juego, la expresión corporal y facial, dibujos, etc., maneras mediante las cuales la primera infancia<sup>170</sup> demuestra su capacidad de comprensión y elección.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> CIDH-Opinión Consultiva OC-17/02 (2002), párr. 98.

<sup>169</sup> Así como se ha justificado por Rodríguez, quien considera la edad como un limitante para el ejercicio del derecho a ser escuchado, bajo el argumento que los niños y niñas menores de siete años no deberían ser oídos, pues al no ostentar el discernimiento necesario para responder civilmente por los daños que causen por sus delitos o cuasidelitos, tampoco tienen juicio propio para dar su opinión en un procedimiento, por tanto, los tribunales no debiesen ni tan siquiera citarlos. Paralelamente, la decisión de citar a niños/as entre el rango de edad de siete a catorce años debiese quedar a discreción del tribunal, siendo exigible solo frente a los adolescentes. Rodríguez (2010), p. 84.

<sup>170</sup> Pese al reconocimiento de la variación etaria adoptada por los distintos países y legislaciones para delimitar la primera infancia, el Comité de los derechos del niño/a mediante la Observación General No. 7 propone definirla como el período comprendido desde el nacimiento hasta los 8 años de edad. Comité de los derechos del niño/a (2005), párr. 4.

<sup>171</sup> Comité de los derechos del niño/a (2009)- Observación General No. 12, párr. 20-21.

Precisamente esa diversidad característica de los NNA exige el establecimiento de estándares flexibles, que permitan a los operadores ponderar en concreto las condiciones de los niños/as en razón de su edad y de su madurez. Lo anterior nos conduce a la necesidad de fortalecer las competencias de los operadores del sistema para oír a los niños, especialmente a los más pequeños.<sup>172</sup>

Ahora bien, si la edad no se erige como un factor único y determinante para decidir cuándo se debe escuchar al NNA, tampoco se establece como parámetro exclusivo a la hora de evaluar su opinión. Precisamente aquí se incorpora el análisis de las condiciones de madurez que permiten graduar el mayor o menor peso que se le otorgará a la opinión del NNA en la decisión, y que a la postre genera la concreción de la autonomía progresiva a través de sus distintas manifestaciones, que van desde el derecho a ser oído *per se* hasta el reconocimiento de la capacidad para ejercer personalmente los derechos.<sup>173</sup>

En este sentido, el propio Comité ha establecido la necesidad de incorporar el concepto de madurez para determinar el peso que ha de otorgarse a la opinión del NNA, que, aun reconociéndose como un concepto difícil de definir, atiende a la razonabilidad e independencia con que se expresa las opiniones, así como la magnitud del resultado de la decisión en la vida del NNA. Una relación directamente proporcional, pues a mayor entidad del acto mayor será la madurez exigida para considerar como vinculante la opinión del sujeto menor de edad.<sup>174</sup>

Cuando la opinión del NNA no vaya a ser tenida en cuenta por la autoridad judicial, sobre esta recae el deber de fundamentación, esto es, la obligación de explicitar todos los argumentos que llevaron a desestimar la opinión del NNA. En este sentido, la CIDH, en el caso *Átala Riffo vs. Chile*, advierte la rigurosidad de la obligación de los Estados de tomar

---

<sup>172</sup> Correa y Vargas (2011), pp. 183-184.

<sup>173</sup> Barcia (2013-a), p. 17.

<sup>174</sup> Comité de los derechos del niño/a (2009)- Observación General No. 12, párr. 30.

debidamente en cuenta las opiniones de los NNA, circunstancia que remarca citando al perito el perito García Méndez, quien advierte que:

En cualquier tipo de controversia entre la opinión de los niños y la autoridad parental o las autoridades institucionales, [...] la opinión de los niños no puede ser descartada discrecionalmente. Es decir, lo que significa esto es que [...] hay que construir en forma muy sofisticada, argumentos para eventualmente oponerse a lo que sea esta opinión de los niños. [L]a opinión de los niños automáticamente no produce jurisprudencia [...]. Pero también la opinión de los niños no puede ser descartada automáticamente sin una argumentación seria y profunda.<sup>175</sup>

Finalmente, este derecho reclama que la autoridad encargada de adoptar las decisiones, informe al NNA sobre el resultado de la misma y el peso asignado a su opinión, de forma tal que el escucharlo no se transforme en una mera formalidad.

Con todo es posible afirmar que este deber de escuchar al NNA no implica apoyar acríticamente sus decisiones y atenderlas siempre como vinculantes, pues se debe también considerar el elemento protector dimanante del ISDN. Escuchar al niño/a, manifiesta Ravetllat, "implica entablar un diálogo respetuoso con los niños/as a fin de que se integren como sujetos activos de la familia y su comunidad".<sup>176</sup>

## **b) Necesidad de concurrencia de las voluntades de NNA y padres-representantes legales/ autoridad estatal**

Después de la manifestación del derecho a ser oído, se presenta un ámbito intermedio previo al ejercicio autónomo de los derechos, en el que se requiere la complementación de la voluntad del NNA con la asistencia de sus padres o representantes legales.<sup>177</sup> Tal circunstancia se justifica en la medida que se presume que, si bien los NNA cuentan con

---

<sup>175</sup> CIDH (2012). Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. párr. 206.

<sup>176</sup> Ravetllat (2020-a), p. 86.

<sup>177</sup> Barcia (2013-a), p. 15.

*suficiente juicio*, ello se entiende como un grado de desarrollo evolutivo menor al de las condiciones de madurez y que por las circunstancias de inexperiencia de los NNA en relación con la entidad del derecho afectado, requieren el acompañamiento de los adultos a través de la necesaria concurrencia de las voluntades.

Este requisito de concurrencia se encuentra, por regla general, expresamente establecido por ley. En el contexto chileno así sucede especialmente con los adolescentes por ejemplo con el acto de comparecer en juicio como actor –art. 264 del Código Civil–, ciertos actos o contratos celebrados por los adolescentes que de no contar con la autorización de sus padres o curadores serían nulos relativos –arts. 1.447 y 1.682 del Código Civil–, con el acto de contraer matrimonio a partir de los 16 años –art. 107 del Código Civil–, y también con la posibilidad de hacer trabajos livianos, siempre que se cuente con el consentimiento del tutor y no perjudique su salud, desarrollo y acceso a la educación –art. 13 Código laboral–. Similar situación se presenta en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en los arts. 306 y 117 del Código Civil –autorización para comparecer en juicio y contraer matrimonio– así como en el art. 238 del Código del Trabajo –autorización para trabajar–.

Por su parte, el ordenamiento jurídico argentino consagra en el art. 26 del Código Civil y Comercial que, en caso de tratamientos médicos invasivos que comprometan el estado de salud o que pongan en riesgo la integridad o vida, el adolescente deberá prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. De modo similar, el art. 159 del Código de familia de Cataluña establece una serie de actos<sup>178</sup> para los cuales la voluntad del sujeto menor de edad emancipado debe ser complementada por el padre, la madre, el curador o en su caso el cónyuge mayor de edad.

---

<sup>178</sup> La aceptación del cargo de administrador en cualquier tipo de sociedades, Los actos que excedan de la administración ordinaria en lo que se refiere a los bienes adquiridos por el hijo o hija de más de dieciséis años con su actividad que genere beneficio, además de una remisión de los actos contemplados en el art. 150.2.

c) **Ejercicio autónomo de derechos por parte de NNA que reúnan las condiciones de madurez en relación con la entidad del derecho afectado**

Finalmente, encontramos una última etapa en la cual el sujeto menor de edad reúne las condiciones de madurez necesarias en relación con la entidad del derecho, circunstancia que lo habilita para ejercerlo autónomamente. Este ámbito de actuación propia encuentra su fundamento en la dignidad intrínseca de todo ser humano y el libre desarrollo de la personalidad, que precisamente vindican por una interpretación amplia de la capacidad de obrar –identificándola con la capacidad natural– y consecuentemente una interpretación restrictiva a sus limitaciones.<sup>179</sup>

Resulta interesante advertir que se ha llegado a plantear que, aun reunidas las condiciones de madurez necesarias en relación con la entidad del derecho, los riesgos y efectos de la decisión, tal circunstancia no supone *per se* una exclusión absoluta de la intervención de los progenitores o representantes,<sup>180</sup> bajo el argumento de que la autonomía progresiva no busca anular el rol de los padres o representantes legales, pues a partir de los derechos y deberes a ellos conferidos se mantiene una cierta intervención que permita precisamente su cumplimiento, aunque lo difícil será establecer la intensidad de cada supuesto. Se desprende consecuentemente una labor de asistencia o de acompañamiento vigilado, que logre prevenir que a causa de la inexperiencia

---

<sup>179</sup> Asensio (2012), p. 31. Esta manifestación de la autonomía progresiva exige que la paternidad debe ejercerse dejando ser, es el *wu wei* del taoísmo, que no significa pasividad, sino intervenir lo menos posible en la vida de los hijos/as a fin de que sigan su camino. Cadena (2000).

<sup>180</sup> En este sentido, Barcia explicita que la magnitud de la decisión puede llegar a ser de tal entidad y puede tener unas repercusiones tan grandes para el futuro del NNA, que, aun reunidas las condiciones de madurez necesarias para ejercer un determinado derecho, se puede llegar a desestimar su capacidad. Barcia (2013-a), p. 15.



del NNA en la adopción de las decisiones se atente contra su propio interés.<sup>181</sup>

Sin embargo, y coincidiendo con el hecho de que la autonomía progresiva no busca en ningún momento anular el rol de los padres o representantes, cierto es que deben tenerse grandes precauciones respecto de su intervención en los supuestos en los que los NNA reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio autónomo de un derecho.<sup>182</sup> De forma tal que se evite que la voluntad de los adultos –guiadas por sus propias convicciones e intereses– terminen imponiéndose sobre la decisión autónoma y racional de los NNA, cuestión ajena no solo a la finalidad de la autonomía progresiva sino también al del ISDN como limite a las facultades parentales, impidiendo además la imposición de estándares de conducta tan altos exigidos a los NNA que resulten inalcanzables.

A continuación, a modo de corolario, se presenta un gráfico en el que se evidencia la profunda interrelación existente entre los principios de ISDN y de autonomía progresiva, que, a partir de sus distintas

---

<sup>181</sup> Bartolomé (2017), pp. 132-133. En el mismo sentido lo reconoce Andreu cuando afirma que “aunque el ordenamiento jurídico reconozca capacidad a los menores para la realización de ciertos actos y se venga admitiendo una capacidad progresiva para ejercitar sus derechos conforme van cumpliendo edad y adquiriendo madurez, no hay que olvidar que siguen estando sometidos a la patria potestad hasta la mayoría de edad (o emancipación, en su caso) y, por lo tanto, una cierta intervención ha de reconocérsele para el cumplimiento de la misma (lo difícil será perfilar su intensidad en cada supuesto)”. Andreu (2018), p. 25. En este sentido, lo consagra el art. 162 numeral 1 del Código Civil español cuando establece que, exceptuados de la patria potestad los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo/a por sus condiciones de madurez puede ejercitar por sí mismo, tal circunstancia no excluye la intervención de los progenitores, ello en virtud del deber de vela y protección a ellos atribuidos.

<sup>182</sup> Advirtiendo como lo hace Valero que “las potestades paternas poseen como último objetivo capacitar a la persona menor de edad para que logre su autodeterminación individual, si esta posee la suficiente madurez como para adoptar decisiones en el ejercicio de sus derechos de forma consciente y responsable, aquellas deben quedar inoperantes frente a la voluntad del menor”. Valero (2009), p. 71. Por tanto, como afirma Bartolomé, cuando el NNA tiene suficiente capacidad natural, la intervención de los progenitores da como resultado un menoscabo directo de sus intereses existenciales y, en consecuencia, debe evitarse. Bartolomé (2015), p. 159.

manifestaciones no puede catalogarse sino como una relación armónica.<sup>183</sup> Tal como afirma, Basset:

(...) el derecho a la libertad implica en la infancia una necesaria interrelación con el subprincipio de protección, justamente porque el ejercicio de la libertad en un sentido dinámico se adquiere progresivamente en la infancia a medida que se refuerzan las estructuras y se adquiere el dominio del yo, por el conducto del cuidado familiar o alternativo.<sup>184</sup>

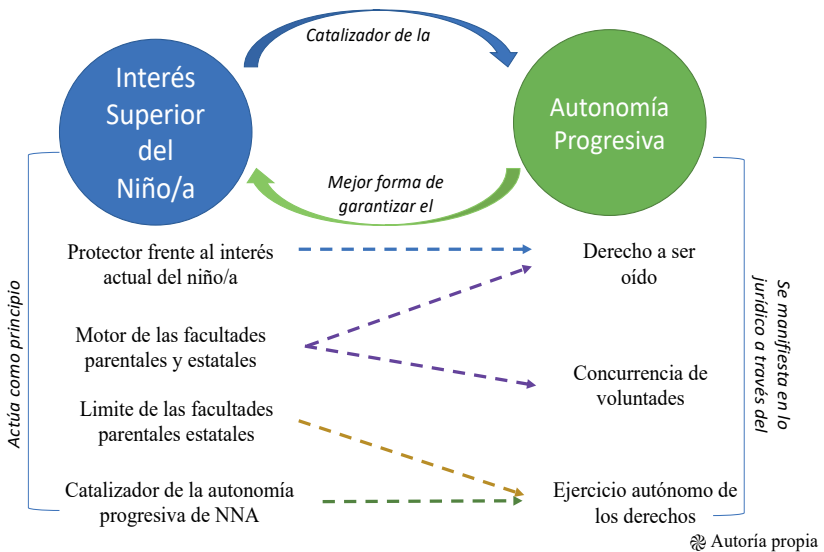


Figura 3. Del ISDN y la Autonomía progresiva.

<sup>183</sup> Por su parte, Zuñiga, al analizar las funciones otorgadas por la Observación general No. 14 del Comité al ISDN, advierte que los mismos son eminentemente borrosos y no logran aclarar del todo si su relación con el principio de autonomía progresiva es de sintonía o de fricción. Zuñiga (2016), p. 268.

<sup>184</sup> Basset (2021), p. 34.

## 4. COMENTARIOS FINALES

El cambio de paradigma desde la situación irregular hacia la protección integral de los NNA que deviene de la CDN, representa uno de los más grandes desafíos en sede de infancia y adolescencia, puesto que, además de reconocer la titularidad de los derechos a los NNA reclama la necesaria atribución de capacidad para ejercerlos.

En esa necesidad de reconocer la participación activa de los NNA en el ejercicio de sus derechos, cobra vital importancia los principios dimanantes de la CDN, particularmente, el principio de ISDN y de autonomía progresiva.

Por su parte, el ISDN se consolida como un concepto jurídico indeterminado, cuya definición está lejos de ser unívoca y pacífica, puesto que se consolida como un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución y que al ser flexible requiere de un análisis sobre la situación concreta y las necesidades personales de el o los NNA afectados.

En cuanto a la naturaleza jurídica del principio de ISDN, el Comité de Derechos del Niño/a mediante la Observación General No. 14 le asigna una triple naturaleza, en tanto: a) derecho sustantivo, que exige ser una consideración primordial, esto es, un derecho específico de los NNA orientado a proteger sus derechos; b) principio jurídico interpretativo fundamental, de forma que permea a todas las materias que se refieren a la niñez y adolescencia, y reclama que cuando una norma admita más de una interpretación, se deba elegir aquella que mayor satisfacción genere al ISDN y; c) norma de procedimiento, que exige la consideración de las posibles repercusiones que pueda tener una medida o decisión sobre los derechos de los NNA y que en todo caso no puede generarse al margen de procesos transparentes y garantías procesales que permitan concretar el interés superior en cada supuesto.

Precisados algunos criterios que permiten dotar de contenido el ISDN, es posible identificar también los estadios en los que actúa, a

saber: a) desde su función protectora frente al interés actual del niño/a; b) como principio motor y límite de las facultades parentales; c) como límite del paternalismo estatal y d) como catalizador de la autonomía progresiva de NNA.

Por su parte, el principio de autonomía progresiva vincula la capacidad de ejercicio al proceso continuo de desarrollo de la autonomía y razonamiento moral de los NNA. Precisamente tal circunstancia, exige fijar límites variables de capacidad de conformidad con los distintos grados de madurez del NNA, pues como lo advierte la psicología evolutiva, diversas capacidades y estadios de madurez se adquieren progresivamente antes de llegar a la vida adulta.

Bajo este nuevo paradigma, además del factor etario- se debe considerar otros factores como son las condiciones de madurez y la entidad del derecho afectado, a la hora de evaluar la trascendencia y validez de los actos jurídicos y las múltiples relaciones en las que los NNA se desenvuelven.

Finalmente, desde el punto de vista jurídico, la autonomía progresiva se concreta a través de tres manifestaciones, a saber: a) el derecho del NNA a ser escuchado, b) la necesidad de concurrencia de las voluntades de NNA y padres o representantes legales y, c) el ejercicio autónomo de derechos por parte de NNA que reúnan las condiciones de madurez en relación con la entidad del derecho afectado.

Es precisamente, a partir de las distintas manifestaciones de los principios de ISDN y de autonomía progresiva, se verifica una profunda interrelación que se genera de forma complementaria. En efecto, aunque inicialmente pudiese parecer que el ISDN y la autonomía progresiva plantean dos exigencias contrapuestas frente a los NNA, esto es, el potenciamiento de su autónoma personalidad y la indiscutible necesidad de protección que permitan suplir la ausencia de formación plena, lo cierto es que, desde una mirada holística, las distintas manifestaciones de los principios se desenvuelven de manera armónica.

Así, cuando el ISDN se manifiesta desde su faceta de heteroprotección y se limita el interés manifiesto del NNA, se activa, exclusivamente, la manifestación del derecho a ser escuchado del principio de autonomía progresiva. El ISDN actúa paralelamente como motor de las facultades de los progenitores.

Cuando el ISDN actúa como catalizador de la capacidad del NNA, entonces se activa la manifestación del principio que reconoce el ejercicio autónomo de los derechos. En este escenario el ISDN actúa paralelamente como límite de las facultades de los progenitores.

Un tercer escenario se genera cuando el ISDN permite un cierto grado de heteroprotección de modo que se exige una codecisión entre los progenitores y sus hijo/as (manifestación intermedia del principio de autonomía progresiva).

## BIBLIOGRAFÍA

### · Referencia de libro

Acuña San Martín, M. (2014). *Derecho de relación directa y regular*. Santiago, Editorial Legal Publishing y Thomson Reuters. I edición.

Alston, Philip y Gilmour-Walsh, Bridget (1999). *El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Andreu Martínez, M.B. (2018). *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*. Pamplona, Editorial Aranzandi Thomson Reuters.

Asensio Sánchez, M.A. (2012). *Patria potestad minoría de edad y derecho a la salud*. Madrid, Editorial Dykinson.

Bartolomé Tutor, A. (2015). *Los derechos de la personalidad del menor de edad*. Editorial Thomson Reuters.

Cadena, R. (2000). *Entrevistas*. Caracas, La Oruga Luminosa – Fondo editorial para la región Centro Occidental.

Castro Gutiérrez, M. y Hernández Vidal, J. (2010). *Los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia como sistema constitucional*. Bogotá, Editorial Digiprint Editores EU.

Corral Talciani, H. (2008). *Los métodos particulares de la investigación jurídica*, en "Cómo hacer una tesis en derecho – Curso de metodología de la investigación Jurídica". Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

De la Valgoma, M. (2013). *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*. Barcelona. Editorial Planeta S.A.

De Lama Aýma, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Universidad Autónoma de Barcelona.

- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2019). *Menores de edad y consentimiento informado*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- De Torres Perea, J.M.(2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid, Editorial Iustel.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1994). *Sistema de derecho civil: Introducción, derecho de la persona, Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid, Editorial Tecnos S.A.) Volumen I, 8 edición.
- Elliston, S. (2007). *Best Interests of the Child in Healthcare*. London, Routledge Cavendish. <https://doi.org/10.4324/9780203940464>
- Kohlberg, L. (1992). *Psicología del desarrollo moral*. Traducc. Asun Zubiaur Zarate, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer S.A.
- Muñoz Merkle, S. (2020). *Interés Superior del Niño*. Santiago, Editorial Metropolitana.
- Piaget, J. (1991). *Seis estudios de psicología*. Tradduc. Jordi Marfa España, Editorial Labor S.A. I edición.
- Piaget, J. y Bärbel, I. (2016). *Psicología del niño*. Traducc. Jean Delval y Paz Lomeli. Editorial Ediciones Morata, S.L, 18 edición.
- Rivero Hernández, F. (2007). *El interés superior del menor*. Madrid, Editorial Dykinson.
- Roca Trias, E. (1999). *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*. España, Editorial Thomson Reuters, Reimpresión 2016.
- Rodríguez Pinto, M.S. (2010). *El cuidado personal de niños y adolescentes: en el nuevo derecho chileno de familia*. Santiago, Editorial Abeledo Perrot.
- Romero Coloma, A.M. (2014). *La libertad religiosa del menor de edad y la patria potestad*. Madrid, Presea-Peripecias Libros.
- Valero Heredia, A. (2009). *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales).

Valero Heredia, A. (2009). *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.

Vygotsky, L. (1986). *Tought and Language*. Tradduc. Alex Kouzulin. London, The Masaachusetts Institute of Thechnology.

### · Referencia capítulo de libro

Basset, U. (2021). “Los principios del derecho de la infancia”, en: Mondaca, A. e Illanes, A. (Eds.). *Lecciones del derecho de la infancia y la adolescencia*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 17-51.

Bartolomé Tutor, A. (2017). “Ejercicio de los derechos de la personalidad: derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, a la identidad y a la integridad física y psíquica”, en: *Menores e identidad de género, aspectos sanitarios, jurídicos y bioéticos*. Madrid, Editorial Jurídica Sepín pp. 121-139.

Cillero Bruñol, M. (1998). “El interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño”, en: García, Emilio, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (Bogotá, Editorial Temis, pp. 70-85.

Díaz Pantoja, J.S. (2021-b). “La quimera del derecho a vivir en familia en Chile: las graves deficiencias del sistema proteccional de niños, niñas y adolescentes separados de su entorno familiar”, en: Aguilar Cavallo, G. *Informe Situación de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en Chile 2019*. Santiago, Librotecnia, pp. 241-254.

Ravetllat Balleste, I. (2020-a). La capacidad de hecho de niños, niñas y adolescentes en la normativa civil, en: Ravetllat I. y Sanbria C. (Coord.), *Infancia, autonomía y derechos. Situaciones y cuestiones actuales a 20 años de la aprobación del Código de la Niñez y la adolescencia de Paraguay*. Asunción, Editorial Intercontinental, pp. 61-99.



Guilló Jiménez, J. (2011). "Políticas de infancia", en: Ravetllat, I. *Derecho de la persona*. Barcelona, Editorial Bosch pp. 206-245.

Plaza, M.S. (2018). "La neurociencia y la toma de decisiones en el adolescente. Las emociones como factor de influencia en la decisión", en: *La neurociencia y su impacto en la educación, VII Jornadas académicas de la escuela de educación*. Escuela de Educación, Universidad Austral, pp. 85-118.

Luengo, M.X. (2016). "Autonomía y confidencialidad en la atención de salud de adolescentes", en: *Aborto y derechos reproductivos. Implicancias desde la ética, el derecho y la medicina*. Santiago, Universidad Diego Portales y The University of Edinburgh, pp. 235-254.

#### · Referencia traducciones

Hart, Herbert, L. (1961). *El concepto del derecho*. Traducc. Genaro Carrió. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

#### · Referencia de tesis

Baeza Barrueto, X. (2015). "Concreción del interés superior del niño, niña y adolescente en la asignación del cuidado personal de los hijos en el código civil chileno". Universidad de Barcelona.

Roda y Roda, D. (2013). "El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: el derecho del menor a ser oído". Universidad de Murcia.

Rodrigo Lara, M.B. (2004). "La libertad de pensamiento y creencias de menores de edad". Universidad Complutense de Madrid.

Vargas Morales, R.A. (2021): "El NNA como sujeto de derecho en materia civil patrimonial contractual". Universidad de Talca.

· Referencia artículos de revista

- Acuña Bustos, A.P. (2019). "Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena", *Opinión Jurídica* (Vol. 18 No. 36), pp. 17-35. <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n36a1>
- Aguilar Cavallo, G. (2008). "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Estudios Constitucionales* (Año 5, N° 1), pp. 223-247.
- Aguilar Cavallo, G. (2018). "Control de convencionalidad y protección de los niños, niñas y adolescentes", *Pensamiento Constitucional* (N° 23), pp. 11-36.
- Aláez Corral, B. (2013). "El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad", *Revista Europea de derechos fundamentales* (No. 21), pp. 37-78.
- Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (No. 15), pp. 63-93.
- Bácares Jara, C. (2020). "Un estado del arte analítico de las publicaciones sobre los derechos del niño en español. A propósito de tres tendencias bibliográficas: la negacionista, la oficial y la contraoficial", *Derecho PUCP* (No. 85), pp. 473-515. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.013>
- Barcia Lehmann, R. (2013-a). "La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez", *Revista Ius et Praxis* (Año 19, N° 2), pp. 2-52. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122013000200002>
- Barcia Lehmann, R. (2018). "La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres", *Revista Ius et Praxis* (Vol. 24, No. 2), pp. 469-562. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122018000200469>

- Berti de Marinis, G. (2016). "La protección de los menores en el ámbito contractual", *Rev. boliviana de derecho* (No. 22), pp. 80-97.
- Blanco Rodríguez, J. y Santacruz López, R. (2012): "Sustracción interparental de menores: una forma de violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes", *Revista Misión Jurídica* (Vol. 5 – No. 5), pp. 19-205. <https://doi.org/10.25058/1794600X.54>
- Blasco Igual, M.C. (2015). "El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria", *Revista de Bioética y derecho* (35), pp. 32-42.
- Cadenas Osuna, D. (2018). "El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el common law", *Revista ADC*, tomo LXXI, fasc. III. <https://doi.org/10.53054/adc.v71i3.3811>
- Carranza, Gonzalo G. y Zalazar, C.E.(2019). "La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, pp. 29-55. <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.02>
- Cillero Bruñol, M.(2007). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". *Revista Justicia y Derechos del Niño-Unicef* (No. 9), pp. 125-142.
- Correa Camus, P. y Vargas Pavez, M. (2011). "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", *Revista Ius et Praxis*, (Año 17, número 1) pp. 177-204. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122011000100008>
- Couso Salas, J.(2006). "El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho del Niño a ser Oído", *Revista de Derechos del Niño* (No. tres y cuatro), pp. 145-166.

- Díaz de Valdés, J.M. (2010). "Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes", *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 37 No. 2), pp. 271-310. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372010000200004>
- Diekema, D. (2004). "Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention", *Theoretical Medicine and Bioethics*, (No. 25), pp. 243-264. <https://doi.org/10.1007/s11017-004-3146-6>
- Driggs, A.E. (2001). "The Mature Minor Doctrine: Do Adolescents Have the Right to Die?" *Health Matrix* (Vol. 11 Issue 2), pp. 687-717.
- Espinoza Collao, A. (2018). "El interés superior del niño a examen: niños pertenecientes a una etnia indígena en Chile, una cuestión de principios" en: Judith Solé y Vinicius Almada (Coord.). *Derechos fundamentales de los menores (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)* (Madrid, Editorial Dynkinson, pp. 103-130. <https://doi.org/10.2307/j.ctv6gqx69.9>
- Esquerda, M., PIAFARRE, J. y MIQUEL, E. (2011). "La valoración de la competencia en el menor: el salto de la teoría a la práctica clínica", en: De La Torre, Javier (editor) *Adolescencia, menor maduro y bioética: dilemas éticos de la medicina actual* (Universidad Pontificia, Comillas Madrid, pp. 19-37.
- Freeman, M. (2005). "Rethinking Gillick", *Revista Internacional Journal of Children's Rights* (No. 13), pp. 201-2018. <https://doi.org/10.1163/1571818054545178>
- Freeman, M. (2006). "Tomando más en serio los derechos de los niños", *Revista de Derechos del Niño* (No. 3 y 4), pp. 251-279.
- Gatica, N. y Chaimovich, CL. (2004). "El derecho no entra a la escuela", *Revista de Psicoanálisis con Niños* (No. 7).
- Gómez De La Torre Vargas, M.C. (2018): "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho UCUDAL* (Año 14. N° 18), pp. 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

- Gorvein, N.S y Polakiewicz, M. (1996). "El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", *Revista: El derecho jurisprudencia general* (No. 165), pp. 1283-1290.
- Gracia, D., Jarabo, Y., Martín Espíldora, N. y Ríos, J. (2001). "Toma de decisiones en el paciente menor de edad", *Medicina Clínica* (117-5), pp. 179-190. [https://doi.org/10.1016/S0025-7753\(01\)72054-4](https://doi.org/10.1016/S0025-7753(01)72054-4)
- Grootens-Wiegers, P., Hein, I., Van Den Broek, J., De Vries, M. (2017). "Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects", *BMC Pediatrics* (17-120), pp. 1-10. <https://doi.org/10.1186/s12887-017-0869-x>
- Hein, I., Troost, P., Lindeboom, R., De Vries, M., Zwaan, M. y Lindauer, R. (2012). "Assessing children's competence to consent in research by a standardized tool: a validity study", *Biomedical Central Pediatrics BMC* (12-156), pp. 1-8. <https://doi.org/10.1186/1471-2431-12-156>
- Herrera, M. (2009). "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino", *Justicia y Derechos del Niño* (No. 11), pp. 107-143.
- Herrera, M. (2019). "Autonomía progresiva de niños y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re) construcción", *Pensar en Derecho Eudeba*, (No. 14, año 8), pp. 39-58.
- Jorqui Azofra, M. (2018). "Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad en el marco de las decisiones sanitarias", *Revista de la Facultad de Derecho de México* (Tomo LXVIII No. 272), pp. 457-500. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-1.67621>
- Lathrop Gómez, F. (2013). "El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile", *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 40 No. 3), pp. 929-952. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000300007>
- Lathrop, F. (2007). "Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos", *Gaceta jurídica* (No 330), pp. 7-25.

- Lepin Molina, C. (2014). "Los nuevos principios del derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho Privado* (No. 23) pp. 9-55. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001>
- López Contreras, R.E. (2015). "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* (13. No. 1), pp. 51-70. <https://doi.org/10.11600/1692715x.1311210213>
- Lovera Parmo, D. (2009). "Niño, adolescente y derechos constitucionales:", *Revista Justicia y derechos del niño* (No. 11), pp. 11-54.
- Maccormick, N. (1998). "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos", *Anuario de filosofía del derecho* (No. 5), pp. 293-306.
- Marre, D. y San Román, B. (2012). "El "interés superior" de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las Interpretaciones", *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales* (Vol. XVI, No. 395), pp. 1-11.
- McCabe, M.A. (1996). "Involving Children and Adolescents in Medical Decision Making: Developmental and Clinical Considerations", *Journal of Pediatric Psychology*, (Vol. 21. No. 4), pp. 505-516. <https://doi.org/10.1093/jpepsy/21.4.505>
- Mondaca Miranda, A. y Astudillo Meza, C. (2020-a). "Aplicación del principio del interés superior del niño en las autorizaciones judiciales para salir al extranjero: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile de 24 de abril de 2018 (Rol-42.642-2017)", *Revista de derecho Coquimbo* (Vol. 27), pp. 1-22. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0015>
- Mondaca Miranda, A. y Astudillo Meza, C. (2020-b). "La construcción del "beneficio" para el niño, niña o adolescente, por parte de los tribunales superiores de justicia chilenos, en las autorizaciones de salidas al extranjero prolongadas o definitivas", *Revista Ius et Praxis* (Año 26, No. 3), pp. 301-313. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122020000300301>

- Oliva Blázquez, F. (2014). "El menor maduro ante el derecho", *Eidon revista de la fundación de ciencias de la salud* (No. 41), pp. 28-52. <https://doi.org/10.13184/eidon.41.2014.28-52>
- Pinochet Olave, R. y Ravetllat Balleste, I. (2015). "El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLIV), pp. 69-96. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512015000100002>
- Ravetllat Ballesté, I. (2012). "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI* (Vol. 30 No. 2), pp. 117-137.
- Ravetllat Ballesté, I.(2016-a). "La toma de decisiones de los progenitores en el ámbito sanitario: a vueltas con el interés superior del niño a propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2016", *Revista Ius et Praxis* (Año 22, No. 2), pp. 499-512. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122016000200016>
- Ravetllat Balleste, I.(2020-b). "Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia: el niño, niña y adolescente como epicentro del sistema", *Revista de derecho Universidad de Concepción* (No. 248), pp. 293-324. <https://doi.org/10.29393/RD248-20LGIR10020>
- Ravetllat Balleste. I. y Basoalto Riveros, C. (2021). "La protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes: Respuestas desde el ordenamiento jurídico chileno", *Revista de Estudios Constitucionales* (Vol. 19, No. 1), pp. 111-145. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002021000100111>
- Rodríguez Pinto, M.S. (2009). "El cuidado personal de los niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de interés entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de familia", *Revista Chilena de Derecho* (No. 3), pp. 545-568. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372009000300005>

- Sánchez Hernández, C. (1999). "Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión", *Actualidad Civil* (No. 12), pp. 303-320.
- Sánchez Martínez, M.O.(2017). "Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia", *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá* (No. X), pp. 43-73. <https://doi.org/10.2307/j.ctvq4bzjd.4>
- Santos Morón, M.J. (2018). "El interés superior del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (No. 30), pp. 211-45. <https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.008>
- Sardegna, P.C. (2012). "El interés superior del niño trabajador y la protección de sus derechos en argentina", *Revista juridica Cognitio Juris* (Año. 2, No. 4), pp. 68-79.
- Seijas Quintana, J. (1997). "Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas", *Actualidad Civil* (No. 29), pp. 627-662.
- Steinberg, L. (2013). "Does Recent Research on Adolescent Brain Development Inform the Mature Minor Doctrine?", *Journal of Medicine and Philosophy* (38), pp. 256-267. <https://doi.org/10.1093/jmp/jht017>
- Tamayo Haya, S. (2008). "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista del Derecho de familia* (No. 41), pp. 35-79.



- Turner Saelzer, S. y Varas Braun, J.A. (2021). "Adolescentes en Chile: propuesta de armonización de su condición de relativamente incapaces con el reconocimiento de su autonomía progresiva", *Revista de Derecho Privado* (No. 40), pp. 149-171. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.06>
- Vivas-Tesón, I. (2012). "Daños en las relaciones familiares", *Revista Pensar, Fortaleza* (Vol. 17, No. 2), pp. 523-538. <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.p.523-538>
- Vivas-Tesón, I. (2019). "Autodeterminación informativa, validez del consentimiento y protección de datos sensibles: críticas al nuevo marco normativo", *Revista de Derecho y Genoma Humano* (No. Extraord.), pp. 233-271.
- Zuñiga, Y. (2016). "Confidencialidad y autonomía de los menores de edad al requerir interrupción del embarazo. Perspectiva jurídica", *Aborto y derechos reproductivos. Implicancias desde la ética, el derecho y la medicina*. (Santiago, Universidad Diego Portales y The University of Edinburgh), pp. 255-276.

## · Referencia documentos formato electrónico

- Children Act, UK Public General Acts (1989). Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>
- Comité de derechos del Niño/a – 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.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño/a (2005). "Observación General No. 7 sobre Realización de los derechos del niño en la primera infancia". Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

- Comité de los Derechos del Niño/a (2009). "Observación General No. 12". Disponible en: <https://reddedalo.files.wordpress.com/2012/12/observacic3b3n-general-12-cdn.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–Opinión Consultiva OC-17/02 (2002). "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño".
- Jefatura de Estado España (1996). "Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil-LOPJM". Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf>
- Lansdown, G. (2005). "La evolución de las facultades del niño", en: Unicef–Save the Children. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>
- Moratalla Valcárcel, C. (2016). "El menor. Un paciente complejo", en: XXIII Congreso Nacional de derecho sanitario, Madrid octubre de 2016. Disponible en: <https://www.aeds.org/XXIIIcongreso/ponencias/TFM-Carlos-M-Moratalla-Valcarcel.pdf>
- Sin Identificar con Sin Identificar (2020). Corte de apelaciones de Iquique Primera Sala, Sentencia Rol No. 117-2020 (rectificación de nombre y sexo). Disponible en: [http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/LIG/fallos/ICA\\_Iquique\\_certNacimiento.pdf](http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/LIG/fallos/ICA_Iquique_certNacimiento.pdf)
- Uniform Marriage And Divorce Act (1974). National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws. Disponible en: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments/viewdocument?DocumentKey=712a8714-a314-4377-ba7d-65f983729104>

## · Referencia de sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– (2005). Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127, Párr. 149.

Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– (2006). Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, R y C. del 19 septiembre 2006. Serie C, No 151, Párr. 114-120-123, 143.

Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– (2008). Caso Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 75.

Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– (2012). Caso Furlán y familiares VS. Argentina sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– (2012). Caso Átala Riffo y niñas vs. Chile sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– (2018). Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Serie C No. 351, párr. 150.

Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, § 167.

Corte Suprema de Chile. Causa rol No. 42.642-2017.

Corte Suprema de Chile. Rol No. 73.900-2016.

Sentencia C-246 de 2017. Corte Constitucional de Colombia, M.P. Ortiz Delgado, G.S.

Sentencia SU-337 de 1999. Corte Constitucional de Colombia, M.P. Martínez Caballero, A.

Sentencia T-083 de 2021. Corte Constitucional de Colombia, M.P. Pardo Schelsinger, C.

Sentencia T-1025 de 2002. Corte Constitucional de Colombia, M.P. Escobar Gil, R.

ISBN: 978-84-1396-078-4



# Entre la autonomía progresiva y el interés superior del niño y de la niña

## Una mirada holística a los derechos de la niñez y la adolescencia

Juliana Díaz Pantoja

Tradicionalmente, y desde una visión limitada, los principios de autonomía progresiva e interés superior del niño/a son vistos como exigencias contrapuestas. Así, mientras la autonomía progresiva requiere la promoción progresiva de la participación de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos, el interés superior del niño/a demanda una garantía de protección reforzada, derivado de su calidad de sujetos en desarrollo. Aunque dichas exigencias aparecen en principio como contrapuestas, lo cierto es que, desde una mirada holística de sus distintas manifestaciones, su relación resulta complementaria y armónica.

