



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
PROGRAMA DE MAGISTER EN DERECHO

**“EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DESDE EL PUNTO DE
VISTA JUDICIAL”**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFET) para optar al grado de Magíster en
Derecho de Familia(s) y Derecho de la Infancia y de la Adolescencia

DENISSE LEAL ZÚÑIGA

Profesor(a) guía: Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Santiago de Chile

2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I	6
NOCIONES GENERALES RESPECTO DEL DERECHO DE LA INFANCIA Y.....	6
ADOLESCENCIA.....	6
1.1.- Terminología de niño, niña y adolescente.....	6
1.2 Análisis y reconocimiento del niño, niña y adolescente en la Declaración Universal de Derechos Humanos.	10
1.3. Análisis y reconocimiento del niño, niña y adolescente en la Convención sobre los Derechos del Niño.	13
1.4. Incorporación instrumental y general en nuestra legislación interna.	18
CAPITULO II	24
PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA.....	24
2.1.- Consagración del niño, niña y adolescente como verdadero sujeto de derechos.	24
2.2.- Concepto y análisis doctrinal del principio de la autonomía progresiva.	27
2.3.- Fundamento y funcionalidad del principio de la autonomía progresiva.	33
2.4.- Análisis en particular del artículo 26 del Código Civil en relación al principio de la autonomía progresiva.	35
2.5.- El derecho a ser oído y su relación con el principio de la autonomía progresiva.....	39
2.6.- Criterios para su aplicación: Edad, grado de madurez y suficiente juicio.....	43
2.6.1.- Parámetros técnicos a que recurre el Juez para determinar el grado de madurez y suficiente juicio, de un niño, niña y adolescente.	46
2.6.2.- Limitaciones a su determinación.	51
CAPITULO III	55
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA EN TRIBUNALES DE FAMILIA.....	55
3.1.- Reconocimiento y análisis del Principio de la Autonomía Progresiva en la Ley N° 19.968. .	55
3.2.- Reconocimiento del principio de la autonomía progresiva en la Ley N° 21.430.	56
3.3.- Interpretación del Principio de la Autonomía Progresiva en la Judicatura de Familia.	60
3.4.- Análisis Jurisprudencial: Inobservancias al Principio de la Autonomía Progresiva.....	65
3.5.- Propuesta de conceptualización.	76
CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFÍA.....	81

INTRODUCCIÓN

Una de las etapas de vida en la que se va definiendo el ser humano, dotado de una única personalidad, principalmente es la infancia. Comprender dicho tema resulta complejo y es aún objeto de estudio en las diferentes ciencias sociales y biológicas, ello lo es aún más cuando a partir de la base del conocimiento, ajena a lo jurídico, se pretende legislar. Social y jurídicamente Chile, hasta hace no mucho tiempo, ha venido liberándose de una concepción de la infancia en la que, objetivamente, se diferenciaba e implícitamente menoscababa a un ser humano en razón de su edad, al que se le veía como un ser incapaz y dependiente de una figura adulta, de una sociedad, del Estado, el cual era tratado como mero objeto de protección, más no como un sujeto de derechos, al que si bien, había y hay que proteger, también hay que reconocerle y dejarle ejercer sus derechos de manera autónoma.

Pareciera que aún quedan vestigios de un paradigma clásico frente al rol que cumple un niño, niña y adolescente menor de edad ante la sociedad, sin dejarle ser él o la protagonista de su propia vida. Tal situación se desprende en algunos fallos emanados desde los tribunales de justicia, donde en no todos los litigios a los niños se les da la oportunidad para poder expresar su voluntad, deseos e intereses. Cada niño, niña y adolescente debiese saber que existe una Convención sobre los Derechos del Niño que ampara su derecho a poder expresarse, su derecho a opinar sobre su vida, su derecho a manifestarse positiva o negativamente sobre una situación que le va a afectar en su futuro por la decisión de otros, su derecho a ser oído y a ejercer progresivamente sus derechos autónomos que pueden ejercer por sí mismos, conforme a su desarrollo y madurez y que, tras años de cambios y reformas históricas a nivel mundial, se han ganado su reconocimiento y propios derechos.

Junto con el principio rector del interés superior del niño, creemos que para que éste se materialice, debe ir acompañado con el de la autonomía progresiva. En la Convención sobre los Derechos del Niño precisamente encontramos este principio en sus artículos 5 y 12. Si bien, no aparece regulado propiamente como norma jurídica, conmina a los Estados Partes a elaborar políticas públicas para materializar este principio en la norma interna de cada país.

Por su parte, el sistema de justicia chileno durante los últimos años ha sido objeto de una modernización en el ámbito del Derecho de Familia, rama del derecho que va evolucionando conforme evoluciona la sociedad y es precisamente la rama del derecho que más requiere de cambios en base a las relaciones humanas que se van formando y de las situaciones o problemas que de ella derivan. La ley 19.968 ha recogido algunos de los derechos que se encuentran consagrados en la Convención, pero dicha ley sigue siendo procesalista del ramo en cuestión. Es más, el principio de la autonomía progresiva no aparece definido. Por otro lado, recientemente la autonomía progresiva la encontramos más detallada y específica en la Ley 21.430 Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, específicamente en su artículo 11, que prescribe que *“Todo niño, niña y adolescente, de conformidad al Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales.”* Mismo principio que aparece expresado en la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 5 y 12, del cual genéricamente sirve para inspirar a otros cuerpos legales. El derecho a ser oído, constituye una de las manifestaciones de ejercer la autonomía progresiva. La capacidad de los niños y adolescentes se amplía conforme a la evolución de sus facultades, edad, grado de madurez y su interés. Pero en el artículo 5 de la Convención ¿a qué se refiere la frase “en consonancia con la evolución de sus facultades”? ¿a qué tipo de facultades se refiere? ¿Cómo el juez determina el grado de madurez de un niño, niña o adolescente? Es más, en la misma citada norma, se establece un límite para el ejercicio de éste, que lo podrá hacer una ley tratándose de derechos fundamentales. La legislación interna y la Convención no desarrolla explícitamente ni profundiza cómo aplicar el principio de autonomía progresiva.

Dentro de las páginas que siguen, encontramos el objetivo de esta investigación que nace de la evidente insuficiencia legislativa en cuanto a la regulación y manifestación jurídica del principio de la autonomía progresiva, en cómo los jueces aplican este principio y qué criterios utilizan al momento del deber de escuchar a un niño, niña y adolescente, sin que haya una regulación normativa detrás de manera unívoca. En líneas previas, para llegar a entender el problema de fondo, será necesario el estudio de ciertos conceptos básicos concernientes a la infancia y de cómo se gestó el reconocimiento de los niños, niñas y

adolescentes como sujetos de derechos, pues, para llegar al principio en cuestión, primeramente, se les debió reconocer como tal.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES RESPECTO DEL DERECHO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

1.1.- Terminología de niño, niña y adolescente.

Como bien sabemos, el lenguaje es la capacidad que tiene todo ser humano para expresarse y comunicarse a través de diversos sistemas de signos, bien sea orales, escritos o por medio de gestos. Es una capacidad innata del ser humano para comunicarse, para crear, transmitir, intercambiar pensamientos, ideas e información de sí mismo y de su entorno cotidiano. Es también el medio por el cual un ser humano se da a conocer ante el resto de las personas y, a través de aquello, ese resto se formará su propia percepción de aquel.

El lenguaje jurídico no es ajeno a estas reflexiones, sin perjuicio de que pertenece a las lenguas de especialidad, siendo éste un conjunto de signos y códigos referidos a la ciencia del derecho; a sus formas e ideas, al fondo de los mensajes que se pretende transmitir a las personas que deben acatar determinada norma, quienes son sus beneficiarias o, simplemente, quienes integran la comunidad o sociedad a quien se aplica.

Desde tiempos inmemorables la palabra “menores” se ha utilizado para hacer referencia a las personas menores de edad, a aquellas personas que les faltan años para emanciparse de sus padres, para ser un adulto, un ciudadano, para adquirir plena capacidad, para actuar en diferentes ámbitos de la vida social, laboral, etc. Si nos remontamos estrictamente a lo que dice la Real Academia Española, la palabra “menor” es definida como:

- 1.- Que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad.
- 2.- Menos importante con relación a algo del mismo género.

Como podemos observar, el referido vocablo en cuestión, denota una falta de algo. Una expresión reducida a lo mínimo, que carece de toda autenticidad que se pueda dotar a un ser humano.

Con anterioridad a la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, en el año 1989, se tenía una concepción pasiva de la infancia, es decir, proyectaba la

visión hacia los niños, niñas y adolescentes, de una forma en la que no se les respetaban sus derechos per sé, así como tampoco su voluntad de dirigir su propia vida, ni mucho menos involucrarse en todas y cada una de sus etapas, cuestión que hoy en día claramente, con todos los avances legislativos, quedaría establecida una vulneración hacia sus derechos. Con ello, la definición de la infancia se centraba básicamente en necesidades, carencias, lo cual les lleva a ser sujetos de protección por parte de los adultos a cargo del niño, niña y adolescente, de sus padres, de la sociedad, del Estado, lo cual dicha situación situaba a las figuras adultas en una relación de poder. Asimismo, la niñez era entendida como un espacio vacío que los adultos deben llenar con percepciones culturalmente prescritas de moralidad y modelos socialmente aceptables, más bien, en aquellos tiempos, de una cultura patriarcal. En este sentido, los niños, niñas y adolescentes, son personas que se diferenciarían de los adultos por sus capacidades – que se consideran a medias – y con ello, no se encontrarían validados socialmente como un sujeto activo, protagonista y promotor de sus acciones humanas en relación al mundo adulto.

Con la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, cambió el paradigma acerca de cómo se concebía a los niños, niñas y adolescentes. Ya no eran un sujeto pasivo situados como un mero objeto de protección de derechos, sino que pasaban a ser un sujeto activo de derechos, reconociéndoles su identidad propiamente tal. Ahora bien, para llegar a tal acontecimiento, es preciso indicar que la infancia parte de una construcción social. La Real Academia Española, define a la infancia como “período de la vida humana desde el nacimiento hasta la pubertad.”. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, por su parte, la define como “La infancia, que significa mucho más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta, se refiere al estado y la condición de la vida de un niño: a la calidad de esos años.”. A su vez, agrega que la infancia es la base de la esperanza del mundo en un futuro.¹ Se dice que la infancia o niñez, es una construcción social pues nace de un contexto histórico, político, económico y cultural, cuyo contenido y significado se va encaminando hacia los derechos reconocidos que hay hoy en día respecto de los niños, niñas y adolescentes. Para llegar a tal reconocimiento, también es menester señalar que los niños y niñas, durante la etapa de la infancia, adquieren competencias a nivel social, afectivo,

¹ BELLAMY, Carol. (2005). Unicef. “Estado Mundial de la Infancia: La infancia amenazada”. Disponible en: https://www.unicef.cl/centrodoc/pdf/estados/sowc05_sp.pdf

cognitivo, comunicativo y psicomotriz, desarrolladas mediante el aprender a aprender, el conocer, el hacer, a través de la interrelación con los demás. Es, así, como logran construir la estructura para la apropiación del mundo exterior, el reconocimiento de sí y el de los otros.²

Ahora, bien, yendo hacia una definición más técnica de la infancia o de los niños, niñas y adolescente, se puede afirmar que ésta se comenzó a dar más bien a partir del siglo XX, época en donde diversos cuerpos normativos internacionales, encaminaron al concepto de la niñez, hacia una definición más jurídica. Así, la Declaración de Ginebra del año 1924, encamina el concepto de infancia por medio de una serie de principios y disposiciones que las naciones y sociedad debían desplegar para garantizar los derechos de los niños. Posterior a ello, encontramos la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959 señala que el niño tiene una falta de madurez física y mental que requiere protección y cuidados especiales, lo cual, nos entrega cierta aproximación a las características que tienen los niños. Finalmente encontramos la Convención sobre los Derechos del Niño, que entrega una definición ya jurídica propiamente tal, definiendo en su artículo 1 como *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Cabe destacar que dicha definición es un tanto amplia en cuanto al límite de edad que indica, pues da la posibilidad de que una ley, de cualquier Estado, establezca la edad que puede alcanzar una persona para dejar de ser niño, niña y/o adolescente.

Por otro lado, a la niñez se le ha caracterizado en dos etapas de vida: La primera infancia y, en segundo lugar, la adolescencia. Tal caracterización encuentra su asidero únicamente en el rango etario de cada etapa y lo que cada una de ellas lleva consigo, es decir, en la primera infancia es el período de la vida sobre el cual se fundamenta el posterior desarrollo de la persona. El cerebro a los 6 años posee ya el tamaño que tendrá el resto de la vida, convirtiéndose en un período determinante para las posibilidades de desarrollo del individuo. Los dos primeros años de vida son definitivos para el crecimiento físico, la nutrición, la interconexión neuronal, así como para la vinculación afectiva con las figuras materna y paterna. En tanto la adolescencia, es la etapa de transición de la infancia a la edad

² CHICA LASSO, Marco; ROSERO Ana Lucía. (2012). “La Construcción Social de la Infancia y el Reconocimiento de sus Competencias”. Disponible en: <https://revistas.usb.edu.co/index.php/Itinerario/article/view/1401/1194>

adulta que ocurre entre los 13 y los 19 años de edad. Los cambios físicos y psicológicos que tienen lugar en la adolescencia a menudo comienzan antes, durante los años preadolescentes: entre los 9 y los 12.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) señala que la primera infancia “(...) *se define como un periodo que va del nacimiento a los ocho años de edad, y constituye un momento único del crecimiento en que el cerebro se desarrolla notablemente*” y por otro lado, la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha señalado que la adolescencia es “(...) *el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y 19 años*”.

En nuestra legislación chilena, el vocablo referido a la niñez, vale decir, niño, niña y adolescente, está determinado por un rango etario. Este punto está dado por el artículo 26 del Código Civil, el cual prescribe que: “*Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos*”. Resulta importante destacar, que dicha norma no tan sólo concierne al campo privado y patrimonial que se circunscribe a dicho artículo, regulando el actuar en la vida jurídica de los niños menores de edad, los cuales quedan determinados por los requisitos de la capacidad, sino que también, como veremos más adelante, ha servido de base a la judicatura para el desenvolvimiento de los niños, niñas y adolescentes, en el ámbito extrapatrimonial y, en específico, la aplicación del ejercicio del principio de la autonomía progresiva.

Como podemos advertir, la construcción social, teórica y científica de la infancia, ha hecho que el concepto de infancia haya ido evolucionando progresivamente y junto con ello, sentar base sobre el fundamento del reconocimiento a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. En este sentido, adquiere relevancia la utilización de los vocablos niña, niño y adolescente, niñez o infancia, para referirnos, de manera clara, precisa y respetuosa, a quienes no han cumplido la mayoría de edad y que tal situación, nos conmina ya sea jurídicamente y socialmente, a brindarles una protección especial en resguardo de sus

derechos, en resguardo de su integridad. La UNICEF, en tanto, -y a propósito de lo que reza la Convención sobre los Derechos del Niño- ha sido clara en corregir la expresión que hasta hace un par de años se venía repitiendo, la del vocablo “menor”; afirmando que es incorrecto el uso del término “menor” para referirse a los niños, niñas y adolescentes. Los niños son personas con derechos plenos, igual que los adultos, sólo que están en periodo formativo y necesitan de protección y apoyo. Recomienda, además, evitar los términos de muchachos, chicos, menores y que es preferible utilizar el de “niños, niñas, adolescentes, jóvenes, infantes y personas menores de 18 años”, según sea el contexto.³

1.2 Análisis y reconocimiento del niño, niña y adolescente en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A raíz de los actos de barbaries ultrajantes para la conciencia de la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, en el año 1948 nace este documento solemne de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, asentado sobre la base de obtener el reconocimiento de la dignidad y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia, el cual, no siendo aún vinculante para todos los Estados, sirve de plan de acción global para alcanzar la libertad, la justicia y la igualdad, en son de protección de los derechos de todas las personas del mundo. Este documento fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A del 10 de diciembre de 1948, en París. Dicho texto fue elaborado a partir del año 1946, con un articulado de 30 derechos que incluye tanto derechos civiles como políticos, derecho a la vida, la libertad y la vida privada, como derechos económicos, sociales y culturales, encontramos el reconocimiento de que todos los seres humanos somos libres e iguales con independencia de su sexo, color, creencias, religión u otras características. Si bien, el texto no es legalmente vinculante, ha servido de base para la creación de la carta magna o constitución de muchos países en el mundo, así como también, para la creación de normas nacionales y tratados internacionales.

Dentro de los treinta derechos que establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ninguno se refiere en forma específica y detallada a los derechos de la niñez y

³ REYES, Yasmina. (2019). “Manual De Periodismo Sobre la Niñez y Adolescencia”. Disponible en: <https://www.unicef.org/panama/media/2131/file/MANUAL%20DE%20PERIODISMO%20SOBRE%20LA%20NI%C3%91EZ%20Y%20ADOLESCENCIA.pdf>

adolescencia. El texto en comento utiliza genéricamente la palabra “seres humanos”, “persona(s)” e “individuo” en sentido amplio, no obstante, de que debemos considerar por su naturaleza, a los niños, niñas y adolescentes en tales grupos. Sólo en su artículo 25, inciso segundo, refiere que *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”* Este apartado resulta ser escueto y escapa a la insuficiencia del reconocimiento de la niñez y la infancia, además, es posible advertir de que no existe en principio un límite de edad para brindar la protección a que alude, sin mencionar, además, a qué cuidados y asistencia especial refiere, debiendo ser esta entendida, forzosamente, a un concepto amplio.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que, con anterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el año 1924 la Sociedad de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, un documento creado por la activista social británica y fundadora de la Save the Children Fund, Eglantyne Jebb, que nace de la necesidad de dar protección especial para los niños a raíz de los actos deshumanizantes que acontecieron en la Primera Guerra Mundial; texto que pasó a ser histórico, ya que por primera vez se reconocía y afirmaba la existencia de derechos específicos de los niños, así como la responsabilidad de los adultos hacia ellos. En cinco artículos bajo un documento breve, sencillo y de lenguaje fácil de entender, son reconocidas las necesidades fundamentales de los niños y las niñas. El texto se centra en el bienestar del niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección, conminando a los adultos a un deber de hacer frente a ellos: *“La Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle”*.⁴

Se desprende de la Declaración de Ginebra, un contenido tanto moral y ético que ha de concientizar el actuar de los adultos y el Estado en sí frente a los niños, niñas y adolescentes. La idea central de este no era la creación de derechos, sino más bien, una imposición de deberes de los adultos, en razón de las necesidades especiales y básicas de los niños y niñas.

⁴ BOFILL, April; COTS, Jordi. (1999). “La declaración de Ginebra. Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia.” Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, posteriormente la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a cuidados y asistencia especial. Como se puede apreciar, el establecimiento de derechos revela la insuficiencia de la Declaración de Ginebra la cual se agotaba netamente a la dictación de deberes. Es así, como en el año 1959 se aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, por todos los 78 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, que reconoce, entre otros, el derecho del niño a la educación, el juego, la atención de la salud, y a un entorno que lo apoye, a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y que luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:⁵

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuada.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.

⁵ “Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959)”. Disponible en: <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=33&tipo=documento>

10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Como podemos observar de la lectura de los principios de la declaración en comento, no se reconoce a priori una identidad propia de la infancia y adolescencia, no hay un reconocimiento al niño como un sujeto de derechos, sino más bien, se desprende que se identifica al niño como aquel que tiene una falta de madurez física y mental que requiere protección y cuidados especiales de una figura adulta, en ese caso, de los padres, de la sociedad, del Estado y, en general, de quien le tenga bajo su cuidado.

Los avances hasta ese entonces de la creación de la Declaración de los Derechos del Niño, fueron paulatinos y nacieron a raíz de una vulneración sistemática hacia los derechos de la infancia, marcada fuertemente por dos grandes hitos de la historia que inspiraron la creación de los derechos de la infancia, la Primera Guerra Mundial y la Segunda Guerra Mundial. Dentro de todo este proceso evolutivo llevado desde el siglo IX y XX, es importante destacar que los derechos de la infancia se posicionan en un plano internacional, dotándolos así de una garantía más efectiva en favor de este grupo haciendo más difícil su transgresión o derogación, sin perjuicio de que el cumplimiento de estos derechos se encuentra entregado a la ratificación de los Estados y su efectiva ejecución a través de la legislación y la creación de políticas públicas a implementarse dentro de cada país.

1.3. Análisis y reconocimiento del niño, niña y adolescente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El tratado internacional más importante y más ampliamente ratificado de la historia que constituye la expresión del máximo resguardo y protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Esta fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, treinta días después de que fue depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión, según lo establece el artículo 49. Este tratado contiene una idea profunda: Los niños, niñas y adolescentes, no son simplemente objetos que pertenecen a sus padres y en favor de los cuales se toman decisiones, ni adultos en proceso de formación. Son seres humanos e individuos con sus propios derechos. La Convención dice que la infancia es independiente de la edad

adulta que termina a los 18 años, y que es una etapa especial y protegida durante la cual se debe ayudar a los niños a crecer, aprender, jugar, desarrollarse y prosperar con dignidad.⁶ La convención fue elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones. La Convención, a lo largo de sus 54 artículos que la componen, reconoce que los niños, niñas y adolescentes, son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además, la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana.

Con la creación de la Convención, se evidencia la instrumentalización internacional universal de los derechos de la infancia que encuentra su asidero en los derechos humanos, pues, junto con reproducir y profundizar de manera más específica los derechos de los niños que anteriormente habían sido reconocidos, se incorporan derechos civiles y políticos en favor de los niños, niñas y adolescentes, encaminándose así, hacia un reconocimiento como verdaderos sujetos de derechos; Como manifiesta Miguel Cillero Bruño *“La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia”*.⁷

La Convención sobre los Derechos del Niño, referida genéricamente para los niños, niñas y adolescentes, cuya redacción tuvo lugar en un grupo de trabajo creado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, consta de 54 artículos, divididos en tres partes:

Parte I: contiene 41 artículos en donde se hace mención de cada uno de los derechos del niño; Parte II: desde el artículo 42 al artículo 45. Trata sobre la aplicación de la convención en cada uno de los países que firma su ratificación; Parte III: desde el artículo 46 al artículo 54 Trata sobre la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño en los Estados que firmen su ratificación.⁸

⁶ “Convención sobre los Derechos del Niño. Para cada infancia, todos los derechos.” Disponible en:

<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino>

⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel. (2001). “El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño.” Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

⁸ Convención Internacional de los Derechos del Niño”. Suscrito por Chile el 26 de enero de 1990, promulgado el 14 de agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

La Convención sobre los Derechos del Niño, además de otorgar y garantizar los derechos humanos para la infancia, viene a reconocerles también capacidad desde el punto de vista jurídico. La Convención es el mínimo de derechos que un Estado debe garantizar a su niñez para asegurarle su pleno desarrollo, en condiciones de igualdad, dignidad y seguridad. se funda en la doctrina de Protección Integral, que se define como el conjunto de opiniones, tesis o postulados que sobre la categoría niñez, han realizado los teóricos del Derecho, en función a sus derechos y apuntala la nueva visión sobre la niñez, que pretende decodificar los prejuicios, costumbres, vicios y corruptelas en torno a los niños y niñas, reconociendo su calidad de sujetos de Derecho.

El articulado de la Convención en comento, se inspira en el establecimiento de cuatro principios básicos que son transversales a los derechos que la integran: principio de la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto por la opinión de los niños y niñas.

Atendido a que no es objeto de análisis en este texto los cuatro principios mencionados precedentemente, me referiré someramente a cada uno de ellos. En primer lugar, se encuentra el principio de la no discriminación, el cual está consagrado en el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ordena a aplicar todos los derechos consagrados en la Convención sin excepciones, además de obligar a los Estados Partes a tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda discriminación. En consecuencia, el derecho a la no discriminación se compone de tres elementos. En primer lugar, está prohibido para el Estado Parte diferenciar entre los titulares de derechos de la CDN en base a la “raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición. En segundo lugar, dicha distinción debe afectar el goce y ejercicio de derechos. La CDN tiene como objetivo proteger a las personas (niños, niñas y adolescentes en este caso) de conductas perjudiciales, por lo que ese daño debe evaluarse desde el punto de vista del titular de derechos que está siendo discriminado. En tercer lugar, está prohibido

que dicha distinción afecte el respeto y aplicación a cada niño de los derechos enunciados en la Convención.⁹

Luego, encontramos al principio del interés superior del niño, el cual fue materializado en su máxima expresión en la Convención y posteriormente desarrollado por la Observación General N°14 del Comité, en el año 2013. Éste se encuentra consagrado en el inciso 1° de su artículo 30, a saber: *"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."*¹⁰ Es preciso señalar que no hay una definición unificada respecto de este principio, pues ha generado variadas e innumerables discusiones entorno a su contenido, no obstante, aun así, siguen siendo el principio más recurrente en las sentencias judiciales y en las creaciones legislativas y de políticas públicas. Como dirían Isaac Ravetillat Ballesté y Ruperto Pinochet, "la verdadera fuerza atribuida a este principio reside en su carácter eminentemente abstracto y amplio".¹¹

La profesora Gloria Baeza Concha, señala que "el interés superior del niño es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar".¹²

La Observación General N°14 se ha encargado de precisar y profundizar el sentido y alcance del principio en cuestión. En dicho documento, se desarrolla un análisis jurídico del artículo tercero de la convención, separándolo en cuatro aspectos:

"En todas las medidas concernientes a los niños": Es decir, el principio en comento se deberá considerar en todos actos, conductas, medidas, decisiones, propuestas, actividades e inactividades que conciernan a los niños. Acorde con la Observación General N° 11, se

⁹ LOVERA, Domingo. (2015). "Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas". Disponible en: https://www.unicef.org/chile/media/1261/file/igualdad_y_no_discriminacion_de_ninos.pdf

¹⁰ Resolución N°1386 (XIV). Declaración de los Derechos del Niño. Op. Cit. Principio II.

¹¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, & PINOCHET OLAVE, Ruperto. (2015). "El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño Y Su Configuración En El Derecho Civil Chileno". *Revista chilena de derecho*, 42(3), 903-934. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>

¹² BAEZA CONCHA, Gloria. (2001). "El Interés Superior Del Niño: Derecho De Rango Constitucional, Su Recepción En La Legislación Nacional Y Aplicación En La Jurisprudencia". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 28 N° 2. pp. 355 -362 Sección Estudios.

hace referencia como “niños” a toda persona menor de 18 años de edad, sin ningún tipo de discriminación.

“Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”: Hace referencia a la obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño en todas y cada una de sus actuaciones y, también, omisiones.

“El interés superior del niño”: Atendido a que el concepto es más bien amplio y flexible, el cual permite ser adaptado a una situación en concreta que afecte a un niño, se establece de que los Estados tiene la obligación de aclarar cuál es el interés superior de todos los niños, debiendo encargarse también para cuando existan conflictos entre normas.

“Una consideración primordial a que se atenderá”: Se indica que este principio no se encuentra en el mismo nivel que el de los restantes u otros, dado a las necesidades y situaciones especiales en la que se encuentran los niños. En este sentido, se destaca que este principio tiene un carácter supremo y general.

Respecto al principio de la supervivencia y el desarrollo, este está contemplado en los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño y garantiza a los niños no solo el derecho a no ser asesinados, sino también a que se garanticen sus derechos económicos y sociales en la máxima medida posible, siendo obligación del Estado garantizar este y posibilitar la supervivencia y el desarrollo del mismo.

En cuanto al respeto por la opinión de los niños y niñas, este se reconoce en su artículo 12 y 13 de la Convención. Se refiere básicamente al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos. El Comité, en su Observación General N°5, plantea que “*este principio pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, y que se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención*”.¹³ En la Observación General N° 12, dicho Comité señala expresamente que el ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de procesos más amplios entendidos como participación. En este

¹³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafos 3 y 13.

sentido, se impone una obligación a los Estados Partes de adoptar todos los mecanismos necesarios para asegurar la aplicación de este principio. Dicha obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.¹⁴

El respeto por la opinión de los niños y niñas, es un principio que está directamente relacionado con el principio de la autonomía progresiva, objeto de estudio del presente trabajo, el cual será analizado pormenorizadamente en su aplicación, dentro de los siguientes capítulos.

En atención a lo desarrollado anteriormente, cabe preguntar quién o cómo se fiscaliza la aplicación y el respeto de los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño. Para ello, existe el Comité de los Derechos del Niño, fundado en 1991, que es el órgano compuesto por 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de sus Estados miembros. También supervisa la aplicación de los Protocolos Facultativos de la Convención, sobre la participación de niños en conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil. Además de su labor de supervisión, el Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas, como, asimismo, examina cada informe que deben elaborar cada cinco años, los Estados Partes adheridos a la Convención y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales".¹⁵

1.4. Incorporación instrumental y general en nuestra legislación interna.

La regulación de los derechos de la infancia ha sido un tema en nuestro país que hasta el día de hoy ha avanzado a pasos lentos y no ha tenido mayores acontecimientos y cambios en profundidad sino tan sólo dentro de los últimos diez años, me atrevería a decir.

Antiguamente, dentro del siglo XX, los derechos de la infancia estaban asociados a dos conceptos: Vulnerabilidad (niños y niñas en estado de abandono y pobreza) y corrección.

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 19.

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/treatybodies/crc/monitoring-childrens-rights>

En el año 1896 se creó la Escuela Correccional de Niños de Santiago. Tal como lo dice su nombre, se creó para “corregir” a los niños y adolescentes en son de castigo por algún hecho tipificado como delito. Nos preguntaremos entonces si esto constituye una forma de regulación de los derechos de la infancia, la respuesta clara es no, puesto que la no diferenciación entre la población adulta e infantil, conducía a otras vulneraciones que a la defensa y reconocimiento de los derechos de los niños. Claramente, en aquella época, tanto en materia penal como civil, ligado únicamente a la responsabilidad, hay un preeminencia jurídico-penal en donde el Estado se encarga de reestablecer y mantener el orden familiar más que preocuparse de una situación personal que estuviere afectando a un menor de edad.

En el año 1860 se estableció la Ley General de Instrucción Primaria, siendo la primera normativa que se pronuncia sobre la regulación de la educación de los niños. Esta, en términos generales, estableció un sistema de educación pública gratuita, garantizada y supervisada por el Estado por medio de la creación de la Inspección de Educación Primaria. El Estado es el principal proveedor, supervisor y orientador de la enseñanza primaria. En esta ley, lo que hizo no fue asegurar, en la práctica, ingresar a todos los niños y niñas a las escuelas, sino más bien dicha ley tuvo un carácter orgánico. Sin embargo, con la Ley de Educación Primaria Obligatoria de 1920, fue hito decisivo en la educación chilena del siglo XIX. Esta sí tuvo por objeto la obligación de los padres de enviar a sus hijos a los establecimientos educacionales.¹⁶ Es entonces como aquí encontramos una de las manifestaciones del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes.

En aquellos años, sin embargo, no era recurrente hablar de una “protección” en sí de los niños y adolescentes, no hasta el año 1912, en donde se manifiesta expresamente el derecho de infancia en Chile, a través de la ley N°2.675 de Protección de la Infancia Desvalida, la cual se promulgó para resolver el tema del abandono paterno, el abuso de menores y algunas formas de explotación y pese a que su aplicación fue muy discreta, marcó el inicio de una política estatal orientada hacia los niños en riesgo social.

¹⁶ Construcción del estado docente en Chile. Disponible en: <https://www.museodelaeducacion.gob.cl/colecciones/construccion-del-estado-docente-en-chile-1860-1920/leydeeducacionprimaria#:~:text=La%20Ley%20de%20Educaci%C3%B3n%20Primaria,que%20se%20cumpliera%20esta%20normativa.&text=El%20primer%20ciclo%20de%20formaci%C3%B3n,dos%20a%C3%B1os%20escolares%20cada%20uno.>

Encaminando aún a este derecho proteccional, en el año 1928, como otro hito importante en la materia, se promulgó la primera ley de menores: la Ley N°4.447. Esta ley creó un mecanismo de protección que involucraba tanto a los niños, niñas y adolescentes que cometían delitos como a los que se encontraban en situación de riesgo. Por primera vez se establecen los Tribunales de Menores, en donde existen jueces que hacen la aplicación de un derecho que se diferencia a la de un adulto. Esta ley, vino a establecer las bases de un primer sistema de protección a los niños, niñas y adolescente, bases que permitieron encaminar hacia un mayor modelo de protección especializado e integral.

Posterior a la creación de la Ley N°4.447 y gracias a la influencia internacional en materias de infancia, pues en ese entonces ya estaba la Declaración sobre los Derechos del Niño, en el año 1967 se crea una nueva ley de menores: la Ley N°16.618. Junto con la que le precede en la materia, es constitutiva de una legislación tendiente a regular un procedimiento especial para la protección de la infancia y, hoy en día, sigue siendo una de las leyes más antiguas en la materia que sigue siendo recurrida en los Tribunales de Familia. No obstante, de ello, es menester indicar, sobre la base en la que se fundó la ley, la cual fue a través de la doctrina de la situación irregular. La Doctrina de la Situación Irregular es hegemónica en el campo de la infancia en América Latina bajo la influencia del Movimiento de los Reformadores.¹⁷ Esta doctrina construyó una visión de los niños basada en sus carencias y problemas, asociados a la pobreza, definiendo la vida de ciertos niños y jóvenes como irregular o de riesgo social. De acuerdo a lo señalado por Emilio García Méndez, la Doctrina de la Situación Irregular se basa en una noción “residual” de la categoría infancia, es decir, diferencia al niño del menor lo que fundamenta la creación de un marco jurídico que legitime la intervención del Estado basada en el control institucional de los menores. Hay una clara diferencia en donde se encuentran los niños, niñas y adolescentes y, por otro, los menores. En este sentido quienes son los titulares de esta legislación serán los menores, mientras que a los niños, niñas y adolescentes no se les aplica. Por otro lado, bajo esta

¹⁷ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. (1994). “Legislaciones Infanto Juveniles En. América Latina: Modelos Y Tendencias”. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Legislaciones_infanto_juveniles.pdf

doctrina y en palabras de Antonio Carlos Gomes da Costa, la definición de un niño “se basa en lo que no saben, no tienen o no son capaces”.¹⁸

Aún en esta legislación los niños son considerados objetos de protección y no sujetos de derecho. Ahora, con la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño, poco a poco la doctrina fue dejada de lado siendo reemplazada por la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la que se considera como el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.¹⁹

El 20 de noviembre de 1989, trigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, unánimemente, la Convención sobre los Derechos del Niño, tras diez años de reflexión, consultas, debate y negociaciones. Esta convención busca promover en el mundo los derechos de los niños y niñas, cambiando definitivamente la concepción de la infancia, cuestión a la que nuestro país no fue ajeno, pues Chile ratificó este convenio internacional el 14 de agosto de 1990, obligándose a asegurar que todos los niños, niñas y adolescentes se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a educación y a salud; puedan desarrollar plenamente su personalidad, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa. Con ello, Chile debió reformar todas aquellas leyes que se ajustaban al modelo antiguo, es decir, la situación irregular, para que así reflejaran el nuevo sistema al cual adscribe este instrumento, al de la protección integral del niño. Desde ese entonces, se comenzaron nuevas leyes, entre ellas, una de las más importante la Ley de Filiación N° 19.585, promulgada en

¹⁸ BELOFF, Mary. (1999). “Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, [en línea] Justicia y Derechos del Niño, Número 1.

¹⁹ BUAIZ, Yuri Emiliano. “La Doctrina Para La Protección Integral De Los Niños: Aproximaciones A Su Definición Y Principales Consideraciones”. Disponible en: <http://aularedim.net/diplomado/docs/M2/M27.pdf>

1998, acabó con las categorías de hijos legítimos o ilegítimos, la Ley N° 19.617 del año 1999, que reguló en forma más precisa los delitos sexuales modificando el código penal, el código de procedimiento penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación.

En materia procesal, tenemos a la Ley 19.968 que crea a los Tribunales de Familia en el año 2004 y un cuerpo normativo que establece un procedimiento adecuado a los asuntos de familia y materia de protección a los niños, niñas y adolescente, inspirado en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, dicha ley reconoce a los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, entendiendo que ellos tienen la capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que le conciernen en su vida, a manifestar su derecho a ser oído e inclusive a entrevistarse con un Juez de manera personal, a tener siempre y en todo momento el derecho a un abogado que los represente, tal como prescribe el artículo 19 de dicho cuerpo legal. Ahora, esta ley no tan sólo es positiva en cuanto a un fiel reflejo de los principios que invoca la Convención, sino que también establece un procedimiento especial de medida de protección al que se somete toda materia de vulneración de derechos que afecte a un niño, niña y adolescente, hasta los dieciocho años de edad.

El derecho de la infancia y adolescencia, gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño, ha permitido que el sistema judicial más allá de modernizarse en cuanto a tramitación y creación de nuevas leyes, concientice también a la sociedad en los actos de protección para los niños; desde ya existe una obligación y responsabilidad que no compete tan sólo a los padres y familiares a denunciar hechos de vulneración de derechos, sino que también a toda la sociedad en sí.

Por otro lado, esta protección integral por la que aboga la Convención, no tan sólo en Chile vio su aplicación en materia del Derecho de Familia o Derecho Civil, sino que también en el ámbito del Derecho Penal, se hizo notar con la creación de la Responsabilidad Penal Adolescente del año 2007 que estableció un régimen penal especial para este grupo de la población, con el propósito de responsabilizarlos de sus actos y reinsertarlos en la sociedad nuevamente, así como también la Ley N°21.057 del año 2018, que regula las entrevistas videograbadas y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, teniendo como propósito evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir los niños, niñas

y adolescentes con ocasión de su interacción, en calidad de víctimas, con las personas o instituciones que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos señalados en esta norma legal, previniendo con ello el proceso de victimización secundaria. A su vez, también se introdujo la Ley 21.160 que declara imprescriptible los delitos sexuales contra menores de 18 años de edad.

Y, por último, dentro de estos últimos años, además de la creación de una Subsecretaría de la Niñez y de la Defensoría de la Niñez en el año 2018, con el fin de cumplir con las obligaciones internacionales de respetar, proteger, garantizar, restituir y reparar los derechos de los niños, niñas y adolescente, el 15 de marzo de 2022 se publica la Ley N° 21.430 que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Esta ley se basa en el principio de coordinación para unir los esfuerzos de los diferentes sistemas y subsistemas de niñez y adolescencia -como el educativo, de salud, de justicia, de protección social, que a la vez albergan subsistemas como Chile Crece Contigo, protección especializada o justicia juvenil- para así satisfacer sus necesidades particulares en todos los ámbitos de vida. Se trata de una ley que, sin perjuicio de su largo periodo de tramitación en el parlamento, se puede afirmar es la manifestación más importante del último tiempo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la más expresión de la doctrina de la protección integral. Resulta necesario indicar, que esta ley recoge y define más concretamente hasta ahora, el principio en estudio del presente trabajo, es decir, el principio de la autonomía progresiva. En un posterior capítulo se analizará con mayor profundidad sobre el particular.

CAPITULO II

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA

2.1.- Consagración del niño, niña y adolescente como verdadero sujeto de derechos.

Como en líneas precedentes se ha venido advirtiendo, un largo recorrido para que los niños, niñas y adolescentes fueran considerados como tal, no tan sólo por el hecho de ser sujetos de protección en razón a su edad y todas las prerrogativas básicas de la niñez que ello conlleva, sino que, para efectos de ser considerados sujetos de derechos y de ser protagonistas de las decisiones que se tomen respecto de ellos.

La consagración del niño, niña y adolescente como verdadero sujeto de derechos, para efectos de llegar a considerarse como tal, ha de analizarse en virtud de los diversos tratados internacionales que precedieron a la Convención sobre los Derechos del Niño, y por qué a esta última, porque es la Convención la que termina por sepultar a la doctrina de situación irregular, es decir, la idea base de que los niños sean mero objeto de protección por parte del Estado. Bajo esa perspectiva, entonces, durante el siglo XIX y finales del siglo XX, se dictaron estrategias para dar un tratamiento a los niños y adolescentes que se encontraban en dichas situaciones.

Como dice el jurista y experto en derechos de la infancia y la adolescencia, Emilio García Méndez, la doctrina de la situación irregular se basa en una noción residual de la categoría de la infancia, es decir, fundamenta la creación de un marco jurídico que legitime la intervención del Estado basada en el control institucional de los niños y adolescentes, que se materializa en el ámbito conductual.²⁰ Por otro lado, para Luis Eduardo Morás, los niños en peligro o peligrosos, los hijos de la clase trabajadora, los pequeños mendigos, los pequeños rateros, los hijos abandonados de la masa inmigrante o de la avergonzada burguesía, los díscolos, los hijos de la pobreza, aquellos a quienes les fue “destituida” la infancia, han sido históricamente la población objetivo tanto de las políticas de amparo como de protección, represión y control por parte del Estado. Sin duda alguna, que tales representaciones que se

²⁰ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994): “Derecho de la infancia-Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral”. Ediciones Forum Pacis. Santa Fe de Bogotá. Colombia.

tenía de la infancia y de la adolescencia, impactan en los cambios de las políticas sociales y jurídicas dirigidas a ellos.

Seguidamente, en el año 1966, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Miembros de las Naciones Unidas se comprometen a defender la igualdad de derechos –incluyendo la educación y la protección– para todos los niños. Ya en el año 1978, la Comisión de Derechos Humanos somete un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño a la consideración de un grupo de trabajo conformado por Estados Miembros, agencias, y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales; aquí se reconoce el papel de los niños como agentes sociales, económicos, políticos, civiles y culturales, la cual, tras diez años de elaboración, finalmente tuvo su aprobación en el año 1989. Dicha Convención garantiza y establece normas mínimas para proteger los derechos de los niños en todas las circunstancias y ámbitos de su vida, desde que nacen hasta que alcanzan la mayoría de edad. A lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. En este sentido, los Estados que adscriben a la Convención, se ven en permanente desafío para el logro de una verdadera inserción de las niñas y los niños y sus intereses en la decisión de asuntos públicos. Existe una verdadera relación de derechos y deberes recíprocos.

Ahora bien, junto con este cambio de paradigma, también cambia la concepción que se tenía del niño, niña y adolescente. El niño ya no es definido en torno a sus carencias ni a su incapacidad jurídica, o a partir de lo que le falta para llegar a ser adulto, sino que hay un reconocimiento expreso del niño como sujeto de derechos. Y ello dado a que la Convención de los Derechos del Niño, profundiza en los Derechos Humanos, destacando a los derechos fundamentales que le asisten a todas las personas sólo por el hecho de existir, sin considerar su edad, sexo u otra condición, es decir, como persona humana que, claramente, ello se hace extensible a la concepción que se tiene ahora del niño, niña y adolescente y que antiguamente no se tenía, por lo tanto, los sitúan bajo un plano de igualdad jurídica. A su vez, también cabe hacer presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos posee una norma que establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano, y por ello,

el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños y adolescentes.

De lo anterior, se desprende que los Estados Partes han de inspirarse y elaborar una reconstrucción social, política y jurídicas entorno a estos seres menores de edad, conminándolos a crear leyes que sean acorde al compromiso adquirido con la ratificación de la convención en la que se dé un tratamiento distinto a los niños, es decir, considerándolos como sujetos de derechos. Hoy en día, existe en materia de niñez un marco jurídico omnicompreensivo de derechos humanos, que se nutre de los instrumentos y la jurisprudencia internacional que existe sobre la materia.

En consonancia con lo anteriormente descrito, cabe la interrogante de qué se entiende que los niños sean considerados como sujetos de derechos. Se reconoce en el niño todos los derechos inherentes a cualquier ser humano, según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad, dotado de personalidad y capacidad -frente a determinadas situaciones-. A su vez se le reconocen también, las obligaciones y responsabilidad que implican en ciertos actos cometidos. En este último sentido, para Miguel Cillero, se desprende que el niño es también portador de una creciente responsabilidad por sus actos, que permitirá no sólo afirmar que la infancia y la adolescencia son destinatarias de las normas prescriptivas y prohibitivas del ordenamiento jurídico, sino también que pueden, según su edad y la evolución de sus facultades, desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado, constituirse en responsables de sus actos ilícitos. Por su parte, para Gómez de la Torre, significa que “al niño se le reconocen derechos autónomos, con capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades”.²¹ Sin perjuicio de ello, es importante destacar que existe una delgada línea que deja entrever cierta limitante para el ejercicio pleno de sus derechos. Es decir, los niños pueden ejercer sus derechos por sí mismos, pero, de acuerdo con la evolución de sus facultades. En efecto, tienen la titularidad de sus derechos, sin embargo, sujeto a condiciones. Los padres son los primeros en llamarse representantes legales de los niños, niñas y adolescentes y será estos que, en el intertanto de que evolucionan

²¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2018). “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”. Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho). Disponible en: <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

y desarrollan sus facultades, guiarán u orientarán a los niños para que puedan ejercer sus derechos.

Dicho lo anterior, entonces, encontramos que, al ser el niño considerado como sujeto de derechos, se manifiesta el ejercicio de sus derechos en base a lo que se conoce como el principio de la autonomía progresiva, consagrado en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual abordaremos en el siguiente acápite.

2.2.- Concepto y análisis doctrinal del principio de la autonomía progresiva.

Gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconstruyó jurídicamente la definición de infancia, la cual se cimienta sobre tres principios que se encuentran relacionados entre sí, a saber, el interés superior, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído, siendo los Estados Parte que concurren a la ratificación de ésta, quienes asumen la obligación de crear mecanismos jurídicos para dar cumplimiento a la aplicación de todo el catálogo de derechos y garantías que establece.

Como la gran mayoría de los cuerpos normativos, son pocos los preceptos legales que definen conceptualmente alguna institución del derecho o desarrollo conceptual de un principio, y la Convención no es ajena a ello. En efecto, el principio de la autonomía progresiva, no obstante, de encontrarse en los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no se encuentra definida conceptualmente. El artículo 5 establece que *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*. Dicho artículo, como se puede apreciar, nos habla de un mandato, de una obligación que se impone a los Estados Partes, lo que se colige desde el comienzo en locución *“Los Estados Partes respetarán...”*. Surge entonces, la interrogante de: ¿Dónde estamos en presencia de la autonomía progresiva en el mencionado artículo? Y es, precisamente la frase de *“en consonancia con la evolución de sus facultades”* la que nos hace estar ante el principio

de la autonomía progresiva. La palabra evolución, denota progreso y, como tal, le da el sentido a la referida frase, que, en líneas posteriores se analizará.

Para Benavente, el principio de la autonomía progresiva, implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes, de diversas funciones decisorias según su grado de desarrollo y madurez.²² Ello, toma como base dos niveles. Por un lado, el derecho del niño, niña y del adolescente a expresar su opinión y a ser escuchado en los asuntos que los afecten y, por otro lado, a decidir el modo en que habrán de ejercer esos derechos. En efecto, en Argentina, en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, se ve plasmado el principio de la autonomía progresiva al señalar que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada, cuestión que en nuestra legislación chilena vendría siendo la figura del curador ad litem quien se encarga de representar los derechos del niño, niña y adolescente. A su vez, prescribe que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Es así entonces, en este caso como vemos el cumplimiento de las directrices que entrega la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual se materializa en el fondo, en una codificación en la legislación interna de cada país que concurrió a su ratificación.

A su turno, para Acuña San Martín, la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes se refiere a la capacidad y facultad de éstos para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente a las facultades de los padres o adultos responsables de su dirección y orientación. Según la edad, la autonomía importa la participación en carácter personal de los niños y los adolescentes en la realización de sus derechos, atendiendo al grado de desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado.²³ En este sentido, para Acuña, la progresividad del ejercicio de los derechos está dada por una gradualidad que tiene que ver

²² BENAVENTE, María Isabel. “Las personas menores de edad, capacidad progresiva y cuidado del cuerpo y la salud en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Artículo disponible en: <https://salud.gob.ar/dels/entradas/las-personas-menores-de-edad-capacidad-progresiva-y-cuidado-del-cuerpo-y-la-salud-en-el>

²³ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. “Aplicación Judicial De La Autonomía Progresiva De Los Niños”. *Diario El Mercurio, Legal*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/06/04/Aplicacion-judicial-de-la-autonomia-progresiva-de-los-ninos.aspx>

con el proceso de traslación de la niñez a la mayoría de edad. No obstante, de ello, el espíritu de la Convención no es precisamente limitar el ejercicio de los derechos de un niño en base a su edad, sino todo lo contrario, asegura a todos los niños y adolescentes menores de 18 años, el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos, pues profundiza la doctrina de los Derechos Humanos, declarando que los derechos fundamentales les deben ser reconocidos por el sólo hecho de existir, sin considerar su edad, sexo u otra condición. En este sentido y, como se plantea implícitamente en este trabajo, todos los niños y adolescentes son portadores de derechos, cuyo ejercicio encuentra su asidero en el principio de la autonomía progresiva. Todos los niños pueden ejercer sus derechos, decidiendo o no hacerlo, y decidiendo cómo ejercerlos. A través de los mecanismos legales y judiciales, se asegurará su ejercicio, no obstante, la decisión final sobre una situación que vaya a afectar a una persona menor de edad, debe ser ponderada por la judicatura, quien interpretará y decidirá lo mejor que sea para un niño y/o adolescente debiendo tomar en cuenta cuál es su interés superior.

Por otro lado, para Ricardo Pérez Manrique, el principio de la autonomía progresiva es estar ante un sujeto de derecho, que, en consonancia con la evolución de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos.²⁴ Ello significa admitir que ese sujeto de derechos reconocido en la Convención tiene, como consecuencia natural de su carácter de tal, la facultad de decidir cuándo y en qué condiciones ejerce tales derechos. También, en consecuencia, la facultad de renunciar a su ejercicio.²⁵ El hecho de que el niño, niña y/o adolescente adquiera paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos, escapa a lo que reza el artículo 12 de la Convención, el cual reconoce, además, la dirección y orientación de padres y madres, estableciendo que es obligación del Estado respetar las responsabilidades y los derechos de los padres y madres, así como de los familiares, de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades. Es decir, a los padres o a la persona que esté a cargo les corresponde dirigir y orientar al niño, lo que implica que tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que otorgar al niño, niña y adolescente, tomando en cuenta los intereses y deseos del menor, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones y

²⁴ PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. "Participación Judicial De Los Niños, Niñas y Adolescentes." En: Revista Justicia y Derechos del Niño N° 9, año 2007.

²⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2007). "Justicia y Derechos del Niño". Disponible en www.unicef.cl

comprensión de su interés superior. Dicho esto, el que adquiriera paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí, está íntimamente relacionado con esa orientación y apoyo y, como indica Gómez de la Torre, la autonomía es inversamente proporcional: A menor autonomía del menor, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a cargo del menor.²⁶

En palabras de Jaime Couso, “El niño es visto como ciudadano que progresivamente ejerce, cada vez en mayor medida, sus derechos fundamentales por sí mismo. Al mismo tiempo se reconoce un cierto grado de responsabilidad del joven por sus actos, que cuando se traducen en la violación de los derechos más básicos de otras personas, pueden conducir legítimamente a sanciones necesarias para prevenir ese tipo de atentados”²⁷. Y, en este último punto, encontramos a la responsabilidad juvenil, tanto en materia penal como también en el derecho de familia, acorde a los planteamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el ámbito del derecho que nos convoca, es dable a mencionar el procedimiento contravencional del artículo 102 de la Ley 19.968, que permite sancionar a los menores de 18 años de las conductas que puedan dañar a terceros, sanciones que obviamente no son penalizadas bajo la tipificación del Código Penal, sino van desde multa a una amonestación. En este ámbito, como dice Julio Cortés Morales, la responsabilidad permite ligar al sujeto con las consecuencias de su acto, teniendo así la responsabilización un innegable valor educativo, pues dentro del procedimiento también son citados los padres del menor o su representante legal. A su vez, resulta importante destacar en este punto que la distinción jurídica entre niños y adolescentes de acuerdo a la cronología de su edad, facilita en efecto la responsabilidad que puedan tener.²⁸

Para Miguel Cillero, la infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica. Y, el principio de la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por la Convención, por lo cual, la promoción

²⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2018). “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”. *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho). Disponible en: <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

²⁷ COUSO SALAS, Jaime “Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos”, p. 76, 1998. En *Revista De la Tutela a la Justicia*, varios autores, UNICEF/Corporación OPCION, Santiago de Chile.

²⁸ CORTÉS (2016) p. 74

y respeto de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, se convierte en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos.²⁹

Bajo el eje de que es obligación del Estado respetar las responsabilidades y los derechos de los padres y madres, de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades, recae en éstos últimos la obligación de apoyar el desarrollo del niño de manera que vaya adquiriendo autonomía y permita a su vez su desarrollo integral. Estos están llamados a entregarles las herramientas necesarias para materializarlo y hacerles comprender de su interés superior de manera tal que puedan enfrentarse bien a situaciones en donde tengan que decidir sobre algo que les vaya a afectar.

Ahora bien, como se ha venido señalando, el ejercicio autónomo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se va dando de manera gradual y, al igual que las necesidades de una persona, se ejercen completamente según la fase de desarrollo en que está inmerso. Por lo tanto, ello tendrá que ver con la “evolución de sus facultades”. Como señala Salomone, “la contrastación con la realidad psíquica, afectiva y social de un niño pequeño nos confronta a una capacidad de autonomía mínima. No obstante, el rango etario que abarca la minoría de edad va desde el nacimiento hasta los 18 años. Por lo tanto, no sería posible –ni sería debido– sostener un modo único de pensar esa capacidad”.³⁰ Desde luego también, que la experiencia, la información, el entorno de dónde vive y se mueve una persona, las expectativas sociales, educacionales y culturales, y el nivel de apoyo entregado por la familia directa de un niño y/o adolescente, contribuyen al desarrollo de su capacidad.

En consonancia con lo anteriormente dicho, al analizar el artículo 5 de la Convención es válido que primeramente surja una paradoja entre el querer reconocerle autonomía al niño, pero a su vez, limitarle su ejercicio pleno o, mejor dicho, ponerle condiciones debido a consideraciones de hecho que determinen su aplicación, esto es: evolución de sus facultades, en primer lugar. Y, en segundo lugar, dado por las consideraciones al materializarse la manifestación del principio en cuestión, que corresponde a su derecho a ser oído consagrado en el artículo 12. Aquí encontramos a estas otras especies de consideraciones, al establecer

²⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. (1999). “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de Principios”.

³⁰ SALOMONE, Gabriela Z. (2016) “Del Niño Como Sujeto Autónomo Al Sujeto De La Responsabilidad En El Campo De La Infancia Y La Adolescencia.” Disponible en: https://doncel.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/infancia_autonomia_salomone.pdf

que se garantiza, a todo niño, niña o adolescente que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Es decir, fácilmente se podría interpretar de qué hay con aquellos niños que no están en condiciones de formarse un juicio propio, o aquellos que no tiene una suficiente edad y/o madurez para poder manifestarse o ejercer sus derechos. Para zanjar este tipo de dudas o doble interpretación, la Observación General N°12 realizada por el Comité de los Derechos del Niño en el año 2009, reconoce obstáculos particulares para la aplicación de este derecho dado por el artículo 12 de la Convención. Los obstáculos particulares, estarían dados por las prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas. Es por ello que realiza un análisis literal del artículo 12, explicando e instruyendo cómo se debe interpretar tal precepto. En ese sentido, establece que los criterios establecidos no deben verse como limitación o condición naturalmente, sino que como una obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas. Por otro lado, en cuanto a que el ejercicio progresivo de los derechos y, en especial del derecho a ser oído, puede verse condicionado a la edad, resuelve que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado. Los niños, niñas y adolescentes, se desarrollan de diversas formas y claramente a ritmos diferentes, dependiendo del contexto en el que se desenvuelven. Por lo tanto, toca analizar cada caso en particular y así comprender y determinar la forma en que se expresarán y ejercerán sus derechos, no siendo la edad un factor determinante en la práctica.

La doctrina en general, tiende a entregar una conceptualización de este principio de manera general y subjetiva, que no repara en la edad, pero sí intrínsecamente tiene un denominador común al interpretar que el niño, niña y adolescente ejercerán sus derechos conforme evolucionan, conforme a su edad. Sin embargo, es menester no dejar a fuera a la primera infancia, a aquella que si bien no se puede expresar en un lenguaje claro a como lo haría ya un niño de 6 años en adelante, sí tiene otras formas de expresarse. La aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación,

como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. No se trata sólo de deseos formulados en forma discursiva, sino también a sentimientos expresados de otra forma, ya sean éstos positivos o negativos.

A mayor abundamiento, la Observación General N°7, del año 2005, ya nos daba señales de cómo interpretar este principio, cuyo objetivo es “impulsar el reconocimiento de que los niños son portadores de todos los derechos consagrados en la Convención y que la primera infancia es un período esencial para la realización de estos derechos”.³¹ Bajo este reconocimiento, entonces, cabe la lógica de que los niños sean escuchados desde temprana edad, o mejor dichos, desde que son sujetos de derechos.

No basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio. De ahí es que se afirma en la doctrina que la opinión del niño no es vinculante para la decisión final que tome un Juez. Claramente en la práctica tiene que autorizar judicialmente a que se escuche al niño, pero será el juez quien pondere sus opiniones, los contraste con el interés superior y decida qué es lo mejor para él o ella.

2.3.- Fundamento y funcionalidad del principio de la autonomía progresiva.

De las líneas anteriores y básicamente atendido a la historia del principio de la autonomía progresiva, es posible señalar que este principio se basa en reconocer, promover y garantizar la capacidad del niño, niña y adolescente, para tomar decisiones -ya sea en conjunto o no, con la dirección y/u orientación que le entreguen sus padres a medida que se desarrolla su grado de madurez- y participar activamente en su desarrollo.

El fundamento del principio en comento, radica en el respeto por la dignidad y los derechos del niño como ser humano, de ahí entonces, que se dice que la Convención sobre los Derechos del Niño es una reafirmación de los Derechos Humanos extensibles a las personas menores de edad, derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos. Es más, la idea fundamental de la Convención, se basa en que los niños son

³¹ Comité De Los Derechos del Niño. (2005). “Observación General N°7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia”.

individuos con derechos propios y merecen un trato justo, igualitario y digno. Esta idea se traduce en el reconocimiento de que los niños son sujetos de derechos.

Se reconoce que los niños, niñas y adolescentes tienen capacidad de decisión y expresión de sus opiniones en forma autónoma en la medida en que ello sea apropiado para su edad y nivel de desarrollo. En este último aspecto que denota cierta progresividad, la autonomía progresiva va en equilibrio con el cuidado y la protección que los adultos deben brindar a los niños, con el fomento hacia su independencia y autonomía propiamente tal. Representación clara de ello es el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al señalar que es a los padres, o a los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, a quienes les corresponde impartirle dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. De ahí se desprende la responsabilidad que tienen los adultos de guiar y proteger a los niños, asegurando su bienestar y permitiendo el ejercicio de sus derechos en consonancia con su edad y grado de madurez, se les escuche y se les dé voz en asuntos que les conciernen o vayan a afectar su vida y en futuro, así como también se les brinde información y apoyo para desarrollar un mayor grado de capacidad y juicio propio que les permitan asumir responsabilidades de manera gradual.

Ahora, no sólo el fundamento del principio radica en el respeto y dignidad de los niños, sino que también descansa en el desarrollo individual de cada niño y también en la preparación para la vida adulta, como base última, al permitir que los niños experimenten gradualmente la autonomía, se les prepara para asumir responsabilidades en la vida adulta.

Respecto a la funcionalidad del principio en cuestión, cabe primero preguntarse cuál es la función de un principio. En el campo del derecho, un principio sirve de base para la interpretación y aplicación de las leyes, que van guiando el sistema legal con consistencia y sustento, finalmente, para las decisiones judiciales. Y no tan sólo cumplen esa función principal, sino que también, permiten un juicio axiológico de coherencia respecto de las normas y, por ello, permiten muchas veces corregir aplicaciones injustas de la ley, suplir la ausencia de un texto legal específico.

Bajo la premisa precedente, la función del principio de la autonomía progresiva, es asegurar que se respeten, se promuevan y se ejecuten los derechos fundamentales del niño,

de acuerdo con su edad, desarrollo y grado de madurez, con cierta independencia de las personas que están a cargo, reconociéndoles así ser de sujeto de derecho, dotado de individualidad, que le contribuye a su desarrollo personal y fortalecimiento de su identidad. Es reconocer que los niños, niñas y adolescentes, no son meros receptores pasivos del cuidado y protección, sino que son agentes activos en la configuración de su propia vida.

El principio de la autonomía progresiva no sólo busca fomentar la capacidad de la toma de decisiones por parte de los niños, sino también su participación activa en la sociedad, lo cual va en directa relación con una sociedad democrática y equitativa. Para ello, es menester promover y brindar oportunidades para que los niños tomen decisiones acordes a su nivel de desarrollo y edad.

2.4.- Análisis en particular del artículo 26 del Código Civil en relación al principio de la autonomía progresiva.

Nuestro derecho chileno, durante los últimos 10 años ha sido el blanco de muchas modificaciones, en particular en el ámbito del derecho de familia, y es que el derecho va evolucionando conforme avanza y evoluciona la sociedad, una sociedad que se va volviendo cada vez más exigente a la hora de reclamar sus derechos. Sin embargo, las modificaciones introducidas al derecho de familia al parecer no han sido suficientes para abolir un sector ideológico que centra su visión de la capacidad en el ámbito patrimonial de las personas conforme a sus carencias, muy contrario a la visión que proyecta el derecho posmoderno que se sustenta con respeto a los derechos fundamentales. El Código Civil chileno carga esta visión del derecho clásico que ha ido quedando rezagada en algunos países, cuestión que en Chile no ha obstado para que las últimas modificaciones que se hayan hecho en materia de familia logren acabar de manera definitiva el cómo se define la capacidad o la incapacidad de cierto grupo de personas y, esto es así, porque muchas veces, en la práctica, los derechos extrapatrimoniales suele confundirse con los patrimoniales y hace que la figura de la representación se aplique de manera automática y, de esta manera, para la materia que trata este trabajo, la autonomía progresiva de los niños y adolescentes pareciera, en algunos casos, quedar supeditada a las reglas de carácter civilista y patrimonial. El problema que se desprende de ello, se reduce a la falta de legislación al respecto, una normativa clara y

específica para abordar el tratamiento de la capacidad extrapatrimonial en personas menores de 18 años, teniendo en cuenta debidamente su autonomía progresiva.

El artículo 26 del Código Civil, prescribe que *“Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”*. Este artículo, en su historia ha sido modificado dos veces: la primera en el año 1943 a raíz de la Ley N° 7.612, norma que reduce de 25 a 21 años la edad en la que tanto hombres como mujeres adquieren la mayoría de edad en el país; y la segunda en el año 1993 a raíz de la ley 19.221, norma que vuelve a reducir la edad en la cual se consideran mayores de edad tanto varón como mujeres en el país, situando ésta en 18 años de edad, situación que sigue vigente hasta el día de hoy. De la misma manera, a pesar de las modificaciones antes señaladas, la mayoría de edad sigue siendo la única definición del artículo 26 que ha sido modificada desde el año 1857 en Chile, siendo la edad límite en la que se considera impúberes y se comienza a considerar mayores adultos a los varones y mujeres en el código, el único rango etario que contiene una diferencia por sexo. En esto último, se puede visualizar que al momento de señalar qué se entiende por impúber en Chile y desde cuándo una persona deja de serlo y se convierte en menor adulto, el artículo establece una diferencia entre de sexo entre los varones y las mujeres, la cual señala que estos llegan a ser menores adultos al cumplir 14 años mientras que las mujeres lo hacen al cumplir 12.

Las diferencias que hace el artículo en comento, inciden tanto en materia de capacidad de ejercicio, en la atribución de responsabilidad civil y en la administración del propio patrimonio de las personas de la edad señalada, cuestión que, si quisiésemos ir más a fondo a analizar, a simples luces vulneraría el principio de igualdad que siguen tanto los derechos fundamentales como lo consignado en la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, el Código Civil da un enfoque de ello en el ámbito más bien patrimonial, con un sentido y objetivo de resguardar el patrimonio de ellos y de terceros, estableciendo reglas de capacidad e incapacidad. Existe un consenso dentro de la mayoría de la doctrina civilista, que refiere que a la capacidad extrapatrimonial no se le aplican las reglas de la

representación legal o patrimonial, por cuanto en dicha esfera no se tratan actos patrimoniales.

Como se mencionaba, el artículo 26 del Código Civil, hace una distinción de edad y de sexo para determinar la capacidad de las personas. Esta distinción resulta ser importante, además de ser objeto de críticas, pues tiene implicancias en materia de capacidad jurídica, en materia de nulidad, en la responsabilidad y en la administración del patrimonio. Respecto a los infantes e impúberes, el legislador entiende que ellos no tienen suficiente discernimiento para poder celebrar actos y contratos, tomando en consideración un criterio, más bien, meramente social dada a la época de la dictación del Código Civil -estamos hablando del siglo XIX- y no atendiendo a razones netamente fisiológicas y/o psicológicas como aquellas que encontramos en la aplicación del principio de autonomía progresiva. Tal como plantea la Observación General N°7, se busca el reconocimiento de los niños pequeños como agentes sociales desde el inicio de su existencia, dotados de intereses, capacidades y vulnerabilidades particulares, así como de sus necesidades de protección, orientación y apoyo en el ejercicio de sus derechos.³²Ello los abarca desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar. Al contrario de lo que establece el Código Civil, que hace distinciones en forma etaria y de sexo que los sitúa en una condición de incapaces partiendo de una base centrada en “lo que le falta para”, por lo que no pueden actuar por sí mismos; pero a diferencia de los incapaces absolutos, los relativos como el menor adulto, pueden actuar representados, o bien, autorizados por su representante legal.

Respecto del menor adulto, los varones de catorce años y las mujeres mayores de 12 años que aún no cumplan los 18, atendido a la naturaleza del acto, la ley civilista autoriza que puedan celebrar actos por ellos mismos, como, por ejemplo, otorgar testamento, reconocer un hijo, administrar y gozar de su peculio procesional, sin embargo, ¿cómo el Código Civil explica que un niño de 13 años no pueda otorgar testamento y una niña de la misma edad sí? ¿en qué criterios se basa? La razón histórica nuevamente está detrás del por qué, pues encuentra su asidero en valores sociales y culturales que prevalecían en el momento en que se redactó la norma. En ese entonces, existía la creencia de que las niñas alcanzaban

³² ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 7 (2005): Realización De Los Derechos Del Niño En La Primera Infancia.

una madurez suficiente para actuar en la vida jurídica de cierta forma y que físicamente maduraban antes que los varones. Esto es contrario a lo que plantea la Convención en cuanto a los aspectos o criterios que se le ha de atribuir a estas personas para efectos de determinar el ejercicio de sus derechos por cuánto mayor o menor autonomía tengan.

El Derecho de Familia no queda ajeno a los anteriormente expuesto, pues el artículo 16, número 3 de la Ley 19.968, establece categorías de niños y adolescente también conforme a un criterio de edad, pero que es distinto al establecido en el artículo 26 y que dota de manera más amplia su actuación en la vida jurídica. Se trata de una actuación en el ámbito extrapatrimonial. *“Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”* Este precepto es claro en su aplicación pues parte indicando *“para los efectos de esta ley”*. La referida ley sólo abarca actos extrapatrimoniales en donde los que niños y adolescentes se vean involucrados. Se trata de una ley especial que, además de crear una jurisdicción especial y de carácter interdisciplinaria, por primera vez en nuestra legislación se consagra un procedimiento especial que se aplica sólo a los niños, niñas y adolescentes. Es por ello que, en cierta medida, se desprende del artículo 16, número 3 de la Ley 19.968, qué materias se quiso abarcar respecto a los menores de edad, sin perjuicio de que si bien, por ejemplo, en el caso del matrimonio no es algo que competa netamente a los hijos, los efectos jurídicos que de ello se originan sí van a repercutir en la vida de un niño y/o adolescente, y son los mismos efectos jurídicos que se pretenden zanjar en un acuerdo regulatorio de relaciones mutuas entre cónyuges e hijos. Siguiendo esta línea, un claro ejemplo de ello es el inciso 2° del artículo 85 de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil *“Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.”*

Sin perjuicio de que la autonomía progresiva como tal, no está regulada en el Código Civil, intrínsecamente en algunos artículos que a continuación se detallarán, regula y vincula el derecho a ser oído junto al consecuente ejercicio del principio de la autonomía progresiva. A saber, el artículo 225-2 que hace alusión a la opinión del niño como uno de los elementos

a considerar para establecer un cuidado personal. El artículo 229, que refiere el derecho a ser oído para la determinación de un régimen de relación directa y regular y, más aún específicamente, en su inciso 3°.

A su turno, el artículo 242 de la norma en comento, inciso segundo establece que *“En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”*, lo cual, como podemos ver, el legislador hace un pronunciamiento respecto del principio de la autonomía progresiva, sin embargo aquí no se habla de aspectos más patrimoniales, sino de materias que le competen al Derecho de Familia, tal como se detalla en el artículo 8 de la Ley 19.968 en cuanto a la competencia de los juzgados de Familia y, como tal, tampoco hace referencia o explícita una edad fija o de partida en que los niños y adolescente puedan ser oídos por el Juez.

2.5.- El derecho a ser oído y su relación con el principio de la autonomía progresiva.

El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención, el cual se encuentra expresamente consagrado en el artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado al artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño.³³

El artículo en comento, garantiza *“al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*. Esta última hipótesis, ha traído problemas de interpretación en cuanto a su alcance, en especial con la frase de *“al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio”*. ¿Es requisito que, para que un niño pueda ejercer su derecho a ser oído, deba estar en condiciones de formar un juicio propio? Desde luego que tal como aparece redactado, pareciera que sí, pero ha sido el propio Comité de los Derechos del Niño, el que ha salido a

³³ ONU; Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 12 (2009): El Derecho Del Niño A Ser Escuchado.

aclararnos y darnos las directrices de cómo este derecho debe ser interpretado y aplicado, y ello lo hace en su Observación General número 12. Al respecto, señala que dicha frase no debe verse como una limitación, sino que como una obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones.

Siguiendo la línea de lo anterior, por su parte Jaime Couso señala que “la hipótesis en comento debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales”. Ello implica situarnos en el caso de aquellos niños que por alguna razón casuística que tiene que ver con salud o lingüística, en ciertas circunstancias no puedan verbalizar sus opiniones o decisiones, y sí lo hacen a través de la expresión corporal, facial, a través de los juegos, el dibujo, la pintura e incluso el llanto, etc.³⁴

El derecho a ser oído, como tal, debe tener una consecuencia práctica, es decir, debe ser posible materializarlo, ejercerlo. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, conmina a los Estados Partes a hacer una mejora de políticas públicas y servicios, a brindar mayor acceso a la justicia a través de los mecanismos de protección y reparación, a brindar un espacio adecuado tanto en sedes administrativas como judiciales, en donde puedan ser escuchados de manera segura y confiada, de manera tal que el niño pueda expresar sus opiniones libremente, sin presión. Esto implica utilizar métodos y herramientas de comunicación adaptados a su desarrollo y con profesionales capacitados para facilitar su participación y expresión.

Asimismo, para que el niño pueda ejercer su derecho a ser oído, es importante y necesario que cuenten con acceso a la información, lo cual va a permitirles formar opiniones fundamentadas. Necesario es que dicha proporción a la información sea clara y comprensible.

Este derecho no importa al niño una obligación de ejercerlo, por ende, se puede renunciar a él. Es darle una oportunidad, que las leyes garantizan, para poder ser ejercido. Lo

³⁴ COUSO SALAS, Jaime. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. En Revista de Derechos del Niño, año 2006.

relevante en esto, es que los niños hayan contado con toda la información necesaria para adoptar una decisión.

Ahora bien, el ejercicio de este derecho, debe comprenderse a la luz de la autonomía progresiva de cada niño, niña y adolescente. En efecto, el derecho a ser oído y prácticamente a ejercerlo o manifestarlo ante una autoridad judicial, se ve impactado por el principio en estudio, ya que éste debe desplegar una serie de acciones que garanticen la esfera jurídica del niño, niña y adolescente, por otro lado, debe seguir ciertos criterios que van ir ponderando su mismo ejercicio; criterios que serán analizados en el siguiente apartado.

La relación que guarda el derecho a ser oído con el principio de la autonomía progresiva es bidireccional. Por un lado, el derecho a ser oído se fundamenta en la idea de que los niños tienen la capacidad de expresar sus opiniones y que estas deben ser tenidas en cuenta en todos los procesos de toma de decisiones. Y, por otro lado, el ejercicio del derecho a ser oído contribuye al desarrollo de la autonomía y la capacidad de los niños y adolescentes para tomar decisiones informadas y responsables. En otras palabras, la relación radica en que el derecho a ser oído respalda y promueve la implementación del principio de la autonomía progresiva. Ahora, es importante tener en cuenta que el derecho a ser oído no implica que los niños tengan el poder de tomar todas las decisiones por sí mismos, pues, como se indicó anteriormente, los niños requieren el apoyo y orientación de los adultos en el ejercicio de su capacidad de toma de decisiones, lo que se desprende del artículo 5 de la Convención. El principio de la autonomía progresiva reconoce a los niños, niñas y adolescentes, como sujeto de derechos y como tal tiene capacidad de tomar decisiones en función de su edad y grado de madurez, ante ello el rol de los adultos entonces podrá variar gradualmente, de acuerdo a la evolución de las facultades del niño.

El derecho a ser oído garantiza que los niños, niñas y adolescentes, tengan la oportunidad de expresar sus opiniones y que esas opiniones sean tomadas en cuenta de manera significativa. Es decir, no se trata de simplemente escucharlos para efectos de cumplir con la garantía, sino que, en el ejercicio, sus voces sean consideradas y tengan un impacto real en el resultado de las decisiones. En sentido, para la jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci, se trata de que el niño, niña o adolescente sea una “persona cuyos intereses

puedan ser oportunamente considerados y evaluados”, y no un medio de prueba.³⁵ Bajo esto, resulta importante señalar que se parte de la base de que los niños son capaces de expresar sus propias opiniones y que no corresponde al niño probar su capacidad. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, desaconseja a los Estados Parte que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser oído. Es más, en la Observación General número 7, el Comité refiere sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, como portadores de derechos y que el niño es capaz de formarse opiniones desde temprana edad. Ahora, no es lo mismo la expresión de un niño de tres años de edad que la de uno de seis años de edad, sin embargo, como portadores de derechos se les reconoce y asegura el ejercicio de ellos. Por lo mismo, el Comité en su Observación General número 12, señala que la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación.

Del artículo 12 de la Convención, se desprende que la autonomía progresiva sirve de herramienta para medir el grado en el que se debe considerar las opiniones del niño en un caso concreto. Las opiniones deberán tener un peso especial a la hora de adoptar una decisión. En la aplicación del principio de la autonomía progresiva, mayor peso tendrá la opinión hasta adquirir ser un elemento preponderante al decidir, dependiendo de la edad y madurez del niño y, estos son una suerte de criterios que sirven de base para una ponderación de la opinión y de cómo se va a tomar en cuenta. Su práctica en el ámbito judicial, impone un requisito esencial que el Juez está obligado a redactar en la fundamentación de sus sentencias, debiendo indicar la forma en que se consideró la opinión del niño, niña o adolescente y el peso que se le confirió a ello. Sin perjuicio de ello y, remitiéndonos a los dichos de Aída Kemelmajer de Carlucci, la manifestación o ejercicio del derecho a ser oído jamás debiese ser considerado como un medio de prueba, sino que debiese ser una base para mejor resolver en función de su interés superior.³⁶

³⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”. Artículo en línea disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

³⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”. Artículo en línea disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

2.6.- Criterios para su aplicación: Edad, grado de madurez y suficiente juicio.

Al referirnos sobre la edad, resulta indiscutible su aplicación en el ámbito patrimonial o en sede civil. Nuestro legislador ha definido o delimitado muy bien las etapas de crecimiento de un niño, niña y adolescente para efectos de limitar su capacidad de ejercicio. No obstante, en el ámbito extrapatrimonial que es el que nos concierne, la edad al no estar definida ni en la Convención sobre los Derechos del Niño ni en ninguna ley especial de nuestro país, hace que genere cierto debate a la hora de ponderar el principio de la autonomía progresiva y su manifestación en el derecho a ser oído.

¿Existe una edad adecuada para procurarle al niño una oportunidad en la que pueda ser debidamente escuchado y tomado en cuenta? La respuesta es no y creo que fijar una edad para que una autoridad judicial, en este caso un Juez, o una autoridad administrativa del Estado, escuche a un niño sería un instrumento que conllevaría al prejuicio e importaría gravemente una discriminación arbitraria y reconocer que los niños y adolescentes de cierta edad, tienen derechos que sí pueden ejercerlos y tienen otros derechos que no pueden ejercerlos. En este caso, la autonomía progresiva no se debe relacionar con un rango etario en específico, sin embargo, es posible encontrar en distintos tribunales de familia que inclusive entre los jueces que lo conforman, establecen como criterio general una edad mínima para poder oír a un niño en audiencia, aun cuando la normativa no ha fijado una edad en específico de entrada.

Para zanjar esta disyuntiva, la Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño, desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica, límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado. Por consiguiente, la aplicación del artículo 12 de dicha Convención, reconoce y respeta las formas no verbales que un niño pudiese tener en la primera infancia. En efecto, el desarrollo cognitivo que consiste en el cambio de los procesos mentales, como aprendizaje, atención, memoria, lenguaje, pensamiento, razonamiento y creatividad, se va dando de manera gradual desde la infancia a la adolescencia acompañada del desarrollo cerebral, cuestión que no se remite meramente a lo biológico, pues el ambiente externo también contribuye a su desarrollo. En la etapa que va desde el nacimiento a los 18 meses de vida, los niños desarrollan la figura del

apego, de la dependencia, aprendiendo a recibir y a aceptar lo que se le da. Desarrollan una vida emocional más intensa, son expresivos y sensibles emocionalmente.

Luego, en la etapa que va desde los 18 meses a los 3 años, se comienza a desarrollar un sentido de autonomía en cuanto a funciones locomotoras y desarrollo verbal. Hay voluntad de aprender y discernir en términos de autonomía física, cognitiva y afectiva.

En la etapa que va de los 3 a 6 años, existe un mayor desarrollo cognitivo, capacidad locomotora, perfeccionamiento del lenguaje que lleva a que se consolide la memoria. Su grado de autonomía física y emocional va en aumento.

La etapa que va desde los 6 a los 12 años, se caracteriza por el aprendizaje, un mayor sentido de habilidades, competencia y participación. Se comienza a formar un pensamiento lógico en ellos. Se controlan las emociones, alcanzando mayor independencia frente a sus padres o cuidadores. Es en esta etapa, según la psicología, que ocurre una mayor operación en la toma de decisiones por ellos mismos y porque tienen un pensamiento más lógico que años atrás y, es precisamente, por el aprendizaje que se recibe tanto en el hogar como en el exterior del mundo en donde se desenvuelven.

Ahora, dentro de los primeros años y en especial en la primera etapa de vida, los niños se manifiestan mediante una comunicación gestual, no verbal. Y, en este sentido, el comité extiende la aplicación del artículo 12, para aquellos que no se dan a entender verbalmente pero que sí lo hacen a través del dibujo, la pintura, gestos, expresión facial, corporal, etc.

Como es lógico, un niño de 6 años de edad tendrá menos capacidad o habilidades que un adolescente de 15 años y eso claramente se ve reflejado por la evolución de sus facultades, sin embargo, no por ello se le denegará su derecho a ser oído. Y es que la idea de concebir al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos, se sitúa una igualdad jurídica, basada en el principio de igualdad y no discriminación. “Sin embargo, tal igualdad jurídica y la intención de no discriminar no deberían obnubilar nuestra mirada respecto de las diferencias evolutivas, y principalmente subjetivas, que el niño o adolescente real nos presenta”.³⁷

³⁷ SALOMONE, Gabriela Paula. “Niño como Sujeto Autónomo al Sujeto de la Responsabilidad en el Campo de la Infancia y la Adolescencia”. Ob. cit., p. 3).

El hecho de que la autonomía progresiva vaya adquiriéndose gradualmente, implica hacer distinciones previas y analizar cada caso en particular. Sobre el particular, Cillero señala que “los derechos establecidos en la CDN, al igual que las necesidades de una persona, se ejercen completamente según la fase de desarrollo en que está inmerso”.³⁸ Sin embargo, afirmar que los derechos -en el ámbito extrapatrimonial- se ejercen completamente según la fase de desarrollo en que se esté, me parece una afirmación poco feliz a la luz de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño cuyo alcance va para los niños de 0 a 18 años de edad, por lo tanto, la edad no es impedimento para que un niño sea o no escuchado. La Convención explica que edad y madurez son simplemente criterios de ponderación para la declaración de un niño y adolescente, dependiendo de aquello para darle mayor peso a su relato. Ahora, es importante dejar en claro que la declaración de un niño o el hecho de brindarle la oportunidad para ser oído, no debe tomarse como un medio de prueba en juicio, sino como un derecho sustantivo que garantiza la participación y la toma de decisiones sobre asuntos que le conciernen o le afecten. Es también una complementación misma para el Juez al momento de adoptar una medida que le vaya en beneficio.

A diferencia de lo anterior, la madurez no tiene que ver con precedentes etarios o biológicos. La madurez está relacionada con aspectos individuales del niño que se mueven en la lógica de la capacidad que éste tenga para sostener una postura con fundamentos coherentes y razonables. Está relacionada al grado de conocimiento que el niño tenga sobre el asunto, exista independencia para pensar y exponer su posición y cuente con suficiente entendimiento.³⁹ Para el Comité de los Derechos del Niño, cuántos mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.

Ahora, la madurez no tan sólo depende de una evolución cognitiva en el niño y/o adolescente, sino que también depende de otros factores individuales, como el entorno familiar, la educación, factor cultural, el lugar en donde vive, el medio en que se desarrolla e inclusive su situación económica.

³⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1998). “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión De Principios.”

³⁹ MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra (2021), “Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia”. (Valencia, Editorial Tirant lo blanch)

Todo lo anterior señalado, tanto la edad como la madurez, son elementos que, además, facilitan al niño, niña y adolescente formarse un juicio propio. Si bien, al tenor literal de lo que reza el artículo 12 de la Convención, esto es en especial, “*al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio*” podría entender como una limitación y un derecho que asiste sólo a aquellos que estén en “condiciones” de hacerlo, sin embargo, esto ha de entenderse en un sentido amplio y no como una interpretación restrictiva o limitante para ejercer un derecho. El Comité refiere que estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Si un niño presenta limitaciones para expresarse, ello no obsta a que concurra y opine. Será el entrevistador quien debe poner a disposición de éste las herramientas técnicas para facilitarle este acceso.

2.6.1.- Parámetros técnicos a que recurre el Juez para determinar el grado de madurez y suficiente juicio, de un niño, niña y adolescente.

La edad y madurez son criterios ponderativos que permiten atribuir al relato de un niño, niña y adolescente una valoración de peso para determinar la forma en que el Juez observa en función de lo que debe resolver. Es preciso tener en cuenta, que la determinación de la autonomía progresiva de un niño, no se basa en parámetros técnicos específicos, sino en una evaluación integral de su desarrollo físico, emocional, social y cognitivo. El grado de madurez y suficiente juicio, corresponden a criterios de entrada o al punto de partida para ir abriendo camino hacia otras aristas de la vida de un niño y adolescente, pues detrás de estos conceptos claves hay otros elementos que se deben considerar, los que harán determinar qué tan maduro es o no un niño y adolescente y si ello sirve de fundamento para llegar a una mejor toma de decisión en pro de su interés superior, que es a donde se quiere llegar en un caso judicial.

Previo a ahondar sobre este punto, es menester referirme a la naturaleza jurídica del derecho a ser oído la cual ha sido ampliamente discutida en la doctrina, en tanto para algunos constituye un medio de prueba y para otros un derecho propiamente tal, el cual se ejerce a través de una actuación judicial. Para sostener la primera postura, habría que preguntarse cuál

es el hecho a probar y, para ello, se debería tener en cuenta la materia que se está regulando. Es así, que existiría una gran discrepancia del objeto del juicio en una causa de relación directa y regular, por ejemplo, y en otra causa de medida de protección, en donde los hechos a probar distan mucho del objeto en sí. Sostengo que ello sería incongruente atribuir su naturaleza como un medio de prueba, toda vez que el derecho a ser oído no está contemplado dentro de la Ley de Familia como medio de prueba, ni mucho menos en procedimiento civil, así como tampoco tiene un tratamiento como tal llevado a la práctica, es decir, si un niño o adolescente no quiere hablar, no se le aplicará una multa o no se le considerará en rebeldía o se le traerá a estrado de manera compulsiva por la fuerza pública. Por otro lado, los medios de pruebas tienen determinada la etapa procesal en la cual deben rendirse, mientras que el ejercicio del derecho a ser oído, puede darse en cualquier etapa del proceso y, al ser una garantía, el niño o adolescente puede renunciar a ejercerlo. La segunda consideración como derecho subjetivo propiamente tal y como una garantía, es la que mejor se refleja en la naturaleza jurídica dada por la misma Convención sobre los Derechos del Niño. Creo que no admite otra interpretación, dado el tenor literal del artículo 12 de la Convención.

El derecho a ser oído, se satisface con conferirle a los niños y adolescentes las oportunidades reales para que sean oídos. Procesalmente dichas oportunidades se traducen en una diligencia esencial y obligatoria que un Juez ha de realizar, pues omitirlo podría llegar a invalidar una sentencia mediante un recurso de casación en la forma. Al atribuirle una naturaleza jurídica de derecho subjetivo cuyo ejercicio práctico se materializa en una actuación judicial, mirado desde el punto de vista judicial o desde la función que ejercen los operadores del sistema judicial en Tribunales de Familia, lleva a articular todo un aparataje físico desde lo estructural, en el sentido de habilitar un espacio y ambiente óptimo en donde un niño pueda sentirse cómodo, seguro y en confianza para poder expresarse, sin hacer de ello un interrogatorio sino un diálogo, hasta dotar dicho espacio con profesionales debidamente capacitados para poder tratarlos, escucharlos y analizarlos.

La Convención se ha encargado de dejar a la legislación nacional la fórmula que se utilizará para cumplir este objetivo, así como la forma en que participarán los niños en el

procedimiento, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.⁴⁰

La vía directa supone un contacto inmediato entre niño y/o adolescente con el Juez, lo cual se materializa en una audiencia reservada que comúnmente se desarrolla cuando una causa se encuentra en etapa de juicio, o en etapa de cumplimiento también, para el caso de que se haya aplicado una medida de protección. El principio de inmediación podría verse reflejado en este medio, sin embargo, en la práctica es común ver la asistencia de los niños a audiencia reservada en las llamadas “Sala Gesell”, la cual encuentra su regulación a través del Auto Acordado núm. 237-2014 de la Corte Suprema. La particularidad de estas salas, se centra netamente en su infraestructura, ambientada ornamentalmente para un niño y adolescente de manera tal que evite las características físicas frías y planas de un Juzgado y así genere un ambiente cálido, cercano y de confianza para que un niño o adolescente se pueda explayar. Prevengo que podría verse reflejado el principio de inmediación, en la medida de que las salas Gesell permitieran un contacto y trato directo con un Juez, pero la infraestructura de estas salas sitúa al niño en un espacio junto al profesional supuestamente capacitado que lo entrevistará y, en otro espacio, al Juez, siendo separados por un espejo unidireccional desde donde éste último pueda tener visibilidad al entrevistado. Es en estos detalles de infraestructura y ubicación de espacios que obstruyen la aplicación del mencionado principio procesal.

Ahora bien, el desarrollo de la audiencia reservada a través de una sala Gesell constituye una regla general, pues el mismo artículo 3 del Auto Acordado número 237-2014 de la Corte Suprema, prescribe que será el juez de la causa quien determine la pertinencia del uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes. En la práctica -y no siendo común-, algunos jueces de Familia entrevistan directamente a los niños, sin la asistencia a una sala Gesell, asumiendo ellos el rol de entrevistador, cuestión que ha de quedar debidamente custodiada mediante la documentación a través de una grabación. Tal práctica creo que debiese ser la más idónea para abordar el derecho a ser oído, y percibir de manera directa todo lo que engloba el grado de madurez en

⁴⁰ LEPIN, Cristián; LAMA, Belén (2020). “La Participación De Los Niños En Juicio De Familia. El Mito Del Derecho A Ser Oído”. p.11 Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13.

un niño, niña y adolescente para concluir finalmente el grado de autonomía progresiva que incidirá en la toma de decisiones en un caso concreto.

La otra forma de cómo se le oirá a un niño, niña o adolescente, es a través de un representante. La Convención señala que el representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona capacitada para ello, quien deberá transmitir correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. En nuestra legislación chilena, en asuntos judiciales el rol del representante lo asume la figura del curador ad litem, establecido por el artículo 19 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. “En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el Juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.” Al utilizar el imperativo “deberá”, impone una obligación que el Juez debe cumplir, no quedando a su criterio la designación de un abogado para un niño, niña y adolescente. Tal designación resulta ser súper esencial en los procedimientos de Familia, que incluso el mismo inciso 4° del mencionado artículo posibilita reclamar la falta de designación, por las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

A través de la figura del curador ad litem, quien velará por su defensa técnica y realización de sus derechos, el niño transmitirá sus deseos e intereses al Juez. Ello supone un trabajo en conjunto para la mejor toma de decisión.

Por último, la otra forma de ejercer el derecho a ser oído, es a través de un órgano apropiado, que en nuestra legislación es el Consejo Técnico de un Tribunal o un perito de un organismo dependiente del Servicio de Mejor Niñez u organismo privado, todos ellos dotados de profesionales psicólogos y asistentes sociales.

La labor del Consejo Técnico puede ser in situ a través de su participación en Sala Gesell o a través de sus informes de ponderación consignadas en forma de actuación en las causas.

Cabe hacer presente, que la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, indica que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Desde luego que el artículo 12 no impone ningún límite de edad y

desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado. No pueden establecerse edades fijas para determinar el grado de autonomía de los niños y adolescentes, pues se trata de un proceso de madurez, un proceso que no es lineal ni aplicable a todos los niños y adolescentes por igual. Esta evolución de la autonomía progresiva va en función del desarrollo en el medio social, del medio económico y cultural en que se van desarrollando individualmente los niños. Por ello para determinar su capacidad en la toma de decisiones, en el ejercicio de sus derechos, es importante realizar una evaluación de las características de cada uno de ellos: de la edad, de la madurez, del medio social, del medio cultural en el que se desarrollan y de las particularidades de la decisión en que ellos van a ejercer sus derechos; el tipo de derechos que implica, los riesgos que se van a asumir, las consecuencias a corto y/o mediano plazo, etc.

De lo anterior, se puede desprender de que el grado de madurez es casuístico y, para determinarlo, el Juez tiene que allegarse del mayor número de pruebas, de qué elementos a partir del expediente pueden dar indicaciones del nivel de grado de madurez.

Determinar el grado de madurez, significa construir o entender el grado de madurez y, ello, se hace a través de las entrevistas directas con el niño, de las pericias psicológicas e informes psicosociales, a través de los representantes de un niño, niña o adolescente, en donde detrás de su relato, habla el medio ambiente social, cultural, familiar, historia de vida, costumbres, etc.; antecedentes que vislumbran en su receptor, en este caso el Juez, la coherencia del relato del niño; el interés manifiesto que se rescata de una audiencia reservada o a través del curador ad litem, o por medio de su gestualidad, su lenguaje verbal y no verbal, el comportamiento del niño en la sala Gesell, lo que hace otorgar cierto peso a la opinión del niño para que ésta pueda ser debidamente tomada en cuenta a la hora de decidir sobre algo que le vaya a afectar en su vida.

A través de estos procedimientos técnicos aludidos, un Juez puede considerar al evaluar el grado de madurez y suficiente juicio, el nivel o capacidad de comunicación de un niño y adolescente, tanto verbal como no verbal. Otras de las discusiones que en la práctica se plantean dentro de la judicatura -y que se analizará en más profundidad en el siguiente acápite- es sobre la edad mínima para poder escuchar a un niño, sin perjuicio de que la propia

Convención conmina a los Estados Partes a NO fijar una edad. El ejercicio de escuchar a un niño, no tan sólo tiene que ver con la expresión verbal, sino también con la expresión corporal, comportamiento, gestualidad. Un niño, por ejemplo, de dos años de edad biológicamente no tendrá la capacidad de hablar correctamente en un lenguaje entendible para todos, pero su gestualidad y comportamiento, hablarán por él.

Otro de los parámetros que se considera es la regulación emocional, es decir, la capacidad del niño para controlar su comportamiento, regular sus emociones, manejo de frustración y cómo resuelve los conflictos. Ello se puede observar tanto de manera directa a través de una audiencia reservada como en los informes periciales que ordena el Juez como medio de prueba. Asimismo, se evalúa también el nivel de responsabilidad apropiada según su edad, lo cual va desde el relacionamiento con sus pares y hasta en tareas domésticas y escolares.

El juicio y la toma de decisiones es otro factor a considerar. La autonomía y el sentido de responsabilidad incluye su capacidad para organizar sus tareas, establecer metas y seguir rutinas.

La evaluación de la madurez y el suficiente juicio de un niño constituye un proceso complejo, el cual aborda múltiples aristas de las características e historial de vida de un niño y adolescente. Claramente, un Juez podría no tener la experticia en psicología para abordar o analizar el desenvolvimiento de un niño y adolescente, por lo que debe recurrir a psicólogos y asistentes sociales para tener una visión más completa de la madurez y juicio de un niño.

2.6.2.- Limitaciones a su determinación.

Evaluar y determinar la realización del principio de la autonomía progresiva, lleva consigo realizar juicios subjetivos sobre la capacidad de un niño y adolescente para tomar decisiones adecuadas. Determinar cuándo un niño alcanza plenamente la autonomía progresiva resulta complejo, puesto que la madurez, uno de los factores que conduce a la realización de este principio, es un proceso que se da de forma gradual a lo largo de los años, por lo que evaluar todos los ámbitos que hacen madurar a un niño, niña o adolescente y considerar circunstancias específicas, resulta en la práctica un proceso subjetivo y complejo dada a la cantidad importante de datos fácticos y empíricos que hay que recopilar y

considerar, antecedentes que un Juez no pudiese analizar por sí mismo dado que su profesión es la abogacía y no la psicología, siendo necesario contar con un equipo técnico altamente preparado y especializado en la disciplina de la infancia y la adolescencia, quien lo guíe u oriente a tomar la mejor decisión para la vida de un niño.

Es importante tener en cuenta que la madurez es algo que va cambiando con el tiempo. Lo que puede ser considerado como un grado de madurez adecuado y autonomía plena en un momento determinado del proceso, puede no serlo en un momento posterior. Los juicios en materia de Familia, pueden tomar años de tramitación y en materia contenciosa son sólo dos las etapas en las que desarrolla el proceso en sí, la de audiencia preparatoria y la de juicio. Si un niño quisiera manifestar su opinión, sólo tendrá una oportunidad para manifestarse hasta el desarrollo de la audiencia de juicio y por medio de su representante al alero de lo que reza el artículo 19 de la ley 19.968. La subjetividad a la que hago alusión, está relacionada además con la radicación de causas en los tribunales de familia. Los tribunales de familia no son unipersonales, existe más de un juez llegando incluso a tener diez. Un juez puede iniciar una causa en su etapa preparatoria y otro distinto tomarla en la audiencia de juicio. Dos personas distintas, dos criterios distintos y dos formas de fallar absolutamente distinta. La apreciación que uno puede hacer de los antecedentes allegados a la causa, o del relato de un niño al recibirlo en sala Gesell, es altamente probable que la conclusión a la que se llegará distará de la otra. Todos estos factores, limitan la plena práctica de este principio, al no existir tanto una normativa positiva como una de carácter procesalista.

Por otro lado, la autonomía progresiva de un niño o adolescente, puede verse influenciada por diversos factores, como el entorno familiar y social, la educación que recibe, el lugar donde reside, por sus amistades, el nivel socioeconómico, etc. Y ante ello surge la dificultad de determinar la capacidad real de un niño más allá de lo que le rodea. Es decir ¿es realmente la voluntad, la capacidad de un niño, o es la del resto que se traspa a través de él? En este sentido, puede generarse un problema de interpretación respecto al interés manifiesto de ese niño, lo que conlleva a obtener resultados nefastos respecto de una decisión que se pudiese tomar. Si los adultos y el sistema de la sociedad en general no fomentan acertadamente la autonomía progresiva, se continúa tomando todas las decisiones por los niños, y ello conlleva implícitamente una vulneración en sus derechos que en la gran mayoría

de las veces no es denunciada. Asimismo, la complejidad del entorno actúa en el que los niños y adolescentes crecen, presenta desafíos adicionales. Elementos como la tecnología, el acceso a la información, la exposición a diversas influencias culturales e inclusive la sobreprotección de los adultos a cargo, pueden complicar aún más el establecer normas claras y efectivas para la promoción de la autonomía.

La Convención sobre los Derechos del Niño, no estableció ninguna edad mínima para considerar cuándo un niño, niña o adolescente debe ejercer su derecho a ser oído. Aborda la autonomía progresiva de manera amplia, lo que hace que ésta sea el principal ejercicio práctico para llevar la realización del derecho a ser oído y la consecuente autonomía. Ante la falta de criterios o parámetros específicos mínimos, existe una falta de consenso en la judicatura de cuándo y cómo se les debe permitir que los niños ejerzan su derecho a ser oído y manifiesten su autonomía progresiva, limitando las oportunidades para que ellos se manifiesten en lo que creen que es mejor. En este sentido, se concluye una falta de investigación, estudios y evidencia sólida sobre los beneficios y riesgos de la autonomía progresiva, que dificulta la formulación de normas claras de manera tal que en estrados su práctica no se vuelva dubitativa y quede al arbitrio de un Juez. Esta insuficiencia normativa es un problema complejo que involucra una interacción de factores sociales, culturales, legales y psicológicos. En nuestro país no existen estudios ni normas que aborden de manera integral y transversal los derechos de la niñez en cualquier ámbito y sector del país, siendo el principio de la autonomía progresiva de aquellos principios más subjetivos en su aplicación, aun cuando la misma Observación General N°7 dice que los niños son sujetos de derechos desde el día uno y no desde una edad posterior.

Al no existir un criterio normado de una edad mínima en la que se entienda que un niño puede comenzar a ejercer sus derechos por sí solo, retrocedemos a la institución de la incapacidad como regla general y, con ello, a la visión que se tiene de un niño como sólo un sujeto pasivo de carácter tutelar paternalista, siendo extensible, ante el silencio del legislador, las definiciones de infante, impúber o menor adulto contenidas en el artículo 26 del Código Civil a las materias relacionadas a aspectos y derechos extrapatrimoniales. Un claro ejemplo de ello, es el propio artículo 19 de la ley 19.968 que se refiere a la representación legal. En el inciso primero de este último precepto se vuelve a mencionar la palabra “incapaces”, lo

que inmediatamente nos lleva a la visión que tiene el Código Civil en cuanto a la niñez y adolescencia, mermando la conceptualización de ser sujetos de derechos. Esta representación que refiere la ley sobre tribunales de familia, de cierta manera condiciona el ejercicio de los derechos de los niños al tener que depender de la labor de la figura de un representante como lo son los curadores ad litem.

CAPITULO III

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA EN TRIBUNALES DE FAMILIA

3.1.- Reconocimiento y análisis del Principio de la Autonomía Progresiva en la Ley N° 19.968.

En el año 2004, la promulgación de la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, recoge cierto derecho -entre otros- que se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y se relaciona estrechamente con el principio de la autonomía progresiva, vale decir, su derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta; derecho que no tan sólo se vincula con el principio en comento, sino que también con el del interés superior del niño. Estos dos últimos principios resultan ser indispensables en la práctica para el ejercicio del derecho referido.

Esta nueva ley que vino a dar una cabida especial al Derecho de Familia, dotado de normas procedimentales especiales, vino a brindar especial protección a los niños y adolescentes, cuestión que se desprende de su artículo 68 y siguientes. Pero ese no ha sido el punto de partida para brindar tal protección en la misma ley, sino que lo hace desde ya en el párrafo primero del título III, artículo 16. Si bien, en la práctica, este artículo hace eco del principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, es posible advertir que el legislador implícitamente al finalizar el inciso primero, ha introducido el principio de la autonomía progresiva en él. No lo hace de una manera directa ni mucho menos nombrándolo, sin embargo, al mencionar el objeto de la Ley 19.968, alude a garantizarle a los niños, niñas y adolescentes, el “ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos”, objetivo que nos lleva a apuntar al principio de la autonomía progresiva, por el hecho de que los niños y adolescentes puedan ejercer sus derechos por sí mismos, en consonancia con la evolución de sus facultades.

Materializar el principio de la autonomía progresiva a través del derecho a ser oído, pues su principal objetivo es el ejercicio y goce pleno de los derechos de un niño, niña y adolescente, reviste una interpretación por parte de la judicatura más bien intuitiva de cómo llevarlo a cabo y cómo se han de tomar en cuenta las opiniones de ese niño y adolescente. El

artículo 16, que es la única norma que hace alusión a la autonomía progresiva en materia de infancia en la Ley 19.968, denota una falta de establecimiento de criterios o parámetros para poder lograr el objetivo que la misma norma se propone, dejando al arbitrio de un juez que, probablemente no esté capacitado en esta materia para tratar con un niño o adolescente, la decisión de darle la oportunidad de ejercer todos los derechos a ese menor de edad. Nuevamente volvemos, entonces, a la inquietud de que, pese a que nuestra legislación haya ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, ello no implica más que un reconocimiento formal al principio dispuesto en la Convención a nivel internacional, más no un reconocimiento íntegro que contenga los mecanismos necesarios para poder calificar, abordar y garantizar este ejercicio y goce pleno del que nos mandata el artículo 16. De esta manera, se puede advertir que llevar a la práctica este conjunto que incluye principio y derecho creado e instaurado por la Convención, requiere de forma efectiva una complementación a la norma nacional, no tan sólo en la forma de cómo se ha de interpretar el principio y su manera de dar espacio a ejercerlo, sino también, para aquellos casos en que un niño o adolescente renuncie a ejercer un derecho o se adopten medidas más bien paternalistas en su beneficio, puesto al estar efectuando esto último, se le está limitando propiamente tal un derecho a su titular.

3.2.- Reconocimiento del principio de la autonomía progresiva en la Ley N° 21.430.

En materia de Derecho de Familia, el 15 de marzo de 2022 se publicó una de las leyes más esperadas y que tomó muchos años de discusión en el Congreso Nacional, nutridas de reformas que van del año 2105 a 2020, por lo que viene a ser un acontecimiento importante en materia de derechos de la infancia desde que Chile ratificó en el año 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño. Se trata de la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos De La Niñez y Adolescencia, la cual viene, actualmente, a ser la matriz directiva para la elaboración de políticas públicas, sociales y de aplicación jurisdiccional. En este último ámbito, importa un verdadero reconocimiento explícito del niño y adolescente de ser sujeto de derechos, siendo su objetivo alinear la legislación existente con los estándares internacionales, principalmente con la Convención sobre los Derechos del Niño. Hasta ahora, esta ley, luego de muchos años de no modernización y regulación explícita en materias de infancia, abarca una amplia gama de derechos de los niños y adolescente y deberes que

tenemos los adultos para garantizar la satisfacción integral de su interés superior. Sin perjuicio de ello, también aborda temas específicos en torno a la promoción de los derechos de los niños niñas y adolescentes, que involucra a diversas instituciones tanto públicas como privadas, conminando implícitamente a la generación de políticas relacionadas al derecho de la infancia.

Una de las características principales de esta ley, es que, a los niños y adolescente, se les ve como sujeto de derechos fundamentales. Por lo tanto, en esta ley se puede apreciar que se basa en un enfoque de derechos humanos, con un fuerte énfasis o preeminencia relacionada a la participación activa de los niños y adolescente en la toma de decisiones que les afecte y no tan sólo desde el punto de vista judicial, sino que también en la vida política y actos administrativos. Esto último, se plasma en la aplicación del principio de la autonomía progresiva, como en ninguna otra ley chilena se había regulado anteriormente.

Desde luego, el artículo 1 de la ley en comento, el cual fija el objetivo de la ley, nos adelanta una manifestación del principio de la autonomía progresiva, al señalar que *“tiene por objeto la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (...)”*. Como bien se ha indicado precedentemente, el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos, es un objetivo fijo del propio principio en estudio. El concepto de “ejercicio efectivo” supone que los niños, niñas y adolescentes, tengan las oportunidades e instancias necesarias para que puedan manifestarse, sean oídos, y puedan ejercer todos los derechos que le son reconocidos y dados por un Estado, cuestión que implica que este último cree procedimientos para asegurar la debida participación y ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes. En este sentido, el inciso 4° del artículo 6 de la ley 21.430, vuelve a reiterar que esta ley garantiza el pleno goce y ejercicio de los derechos, delegando una obligación explícita para los órganos de la Administración del Estado cumplir tal cometido, indicando una serie directrices para crear, ejecutar y destinar recursos, programas, proyectos, políticas públicas, condiciones sociales, medidas administrativas, etcétera, para la defensa, protección y ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, es decir, la obligación del Estado es asegurar y garantizar el disfrute de los derechos del niño. Tal como señala Cillero Bruñol “los derechos de los niños derivan de su condición de personas; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección

de los derechos de la infancia son complementarios de los mecanismos generales de protección de los derechos reconocidos a todas las personas.”⁴¹. Y es que la autonomía progresiva, se aplica en diversos contextos, como la toma de decisiones relacionadas no tan sólo en procesos judiciales o administrativos, sino que también en el ámbito de la salud, educación, y en otros aspectos de la vida. Por ende, la ley busca que se promueva la participación y ejercicio pleno de los derechos de los niños y adolescente de manera activa.

A su vez, en el artículo 7 de la referida ley, que se refiere al interés superior del niño, niña o adolescente, se manifiesta el principio de la autonomía progresiva, específicamente en el inciso 5° letras b y f, al señalar que estos criterios deberán considerarse para la correcta aplicación y determinación del interés superior del niño: *La opinión que el niño, niña o adolescente exprese cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y, por otro lado, la autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.* Por lo tanto, son herramientas que permiten la realización de otros derechos, pues, bien sabemos que el objetivo del interés superior del niño, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.⁴² Bajo ese objetivo, considerando el desarrollo holístico del niño junto a garantizar la plena satisfacción de sus derechos, los propios deseos o intereses del niño van a incidir de cierta forma para adoptar una decisión, y para materializar la voluntad del niño de acuerdo a esos intereses, la manifestación de aquello está dada por el principio de la autonomía progresiva, y es al Juez a quien le compete considerar en cierta medida lo que exprese el niño o adolescente conforme al desarrollo de sus facultades. Por otro lado, el no considerar la autonomía progresiva del niño, niña y adolescente a la hora de poner en práctica el ejercicio de los derechos de ellos, no se satisfacería de manera íntegra el cometido del principio del interés superior, puesto este último resulta ser una plena satisfacción de los derechos. Es más, la Observación General N° 14 señala que, para la evaluación del interés superior del niño, se

⁴¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Justicia y Derechos del Niño, ob. cit. p. 45.

⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 62° período de sesiones, Ginebra, 14 de enero al 1 de febrero del año 2013, p. 3.

debe respetar el derecho del niño de expresar libremente su opinión en los asuntos que le afecta, y que se tome debidamente en cuenta conforme a la evolución de sus facultades.⁴³

Seguidamente del artículo 7 en relación al principio de la autonomía progresiva, encontramos de lleno al tema al artículo 11. Aquí derechamente el legislador desarrolla el principio como tal en concreto, definiendo qué se entiende por éste y los criterios que se han de tomar en cuenta para su determinación: edad, grado de madurez y desarrollo. Ahora bien, encontramos también que este principio encuentra su límite, el cual está dado por los derechos fundamentales. Vale decir, una ley podría limitar este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales. Claramente estos tienen un valor superior de rango constitucional, por lo que se superpondría por sobre el principio. No resulta pertinente profundizar cómo la ley da a entender este principio, pues sería remitirnos nuevamente al análisis del artículo 5 y 12 de la Convención que ya fueron estudiados en el capítulo anterior, sin embargo, es menester hacer hincapié en la limitante que se establece para este principio, el cual no se indica explícitamente, pero la redacción del artículo demuestra, nuevamente, una falencia que hasta el día de hoy ninguna norma a zanjado y, es que el factor edad sigue siendo una limitación al ejercicio de ciertos derechos en el ámbito extrapatrimonial. Así observamos que para la aplicación del inciso 4, el cual señala que *“Con el objeto de pedir información, asesoramiento, orientación o asistencia, pueden dirigirse personalmente, siempre atendiendo a su edad y estado de madurez (...)”*, pareciera estar condicionado a cierta edad - la cual no está establecida en un texto legal- y dejado al criterio de una tercera persona.

Si bien, la ley no establece una edad específica a partir de la cual los niños y adolescentes obtienen de manera automática un grado de autonomía progresiva, o a partir de qué edad se les debe escuchar o hacerlos partícipes de ciertos asuntos sociales, se limita sólo a reconocer que la madurez y la capacidad de comprensión varían de un individuo a otro, explicitando que se deben evaluar las circunstancias y el desarrollo de cada niño y adolescente de forma individual, lo cual resulta de toda lógica pues las condiciones, cultura y estilo de vida que definen a cada persona son diferentes a las de otro. Esto, en definitiva, significa además una apreciación casuística que depende de varios factores aplicables a una situación en particular que trate, sobre todo en materia judicial. Sin embargo, dado a que la

⁴³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°14, cit. (n. 44), pp. 11 y 12.

ley no es clara en cuanto a partir de cuándo un niño o adolescente puede ser escuchado o ejercer sus derechos en materia extrapatrimonial, a fin de evitar caer en arbitrariedades o en una suerte de discriminación, resultaría asertivo fijar una edad mínima a partir de la cual se presume la capacidad del niño, niña y/o adolescente para ejercer determinados actos y derechos y en otros, a partir de cuándo se les puede oír, pues recordemos que la Observación General N° 7 entrega las bases y directrices para la realización de los derechos del niño en la primera infancia, reafirmando que el artículo 12 se aplica tanto a los niños pequeños como a los niños de más edad, cuestión que en la práctica, implica escuchar a los niños inclusive desde que son bebés, pues no toda comunicación o manifestación ha de ser necesariamente verbal, como se menciona en el capítulo II del presente trabajo.

De lo anteriormente señalado, resulta importante tener en cuenta que los diferentes cuerpos normativos en materia de la capacidad extrapatrimonial, el rango etario establecido cuando se hace alusión a la edad de niño y adolescente, varía uno de otro, tal como consta en el artículo 26 del Código Civil, en la ley 19.968, ley 20.418 y ley 21.030. Lo mismo para el caso de la determinación de la madurez, pues hacerlo un concepto jurídico resulta indeterminado dado a que no existe una definición legal que nos diga cuándo un niño tiene la capacidad de ejercicio necesaria para ejercer sus derechos. Para llevar a cabo esto, es necesario que la persona menor de edad esté consciente de lo que vaya a hacer con su voluntad y para eso es necesario que esté provisto de toda la información necesaria que le permita sopesar o proveer cuáles serán los efectos jurídicos que desencadenará su actuar. Ante ello, resulta incongruente, entonces, lo que reza el inciso 4° del artículo 11 de la ley 21.430, toda vez que condiciona pedir información -dirigiéndose personalmente- atendiendo a su edad y grado de madurez.

3.3.- Interpretación del Principio de la Autonomía Progresiva en la Judicatura de Familia.

La interpretación del principio de la autonomía progresiva por parte de los jueces en Chile, se basa en la legislación vigente, corolario del instrumento internacional de la Convención de los Derechos del Niño.

Chile, al ser Estado Parte, ha incorporado el referido principio -dentro de las leyes más importantes- a través de modificaciones al Código Civil, por ejemplo, en el artículo 222

al establecer que *“la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*; a la Ley de Matrimonio Civil, específicamente en sus artículos 3 que obliga al Juez a cuidar y proteger siempre el interés superior de los hijos -esto entendido a que el principio de la autonomía progresiva está estrechamente relacionado con este último- y 85 al establecer que *“Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.”*; a la ley que crea los Tribunales de Familia, en su artículo 16 junto al principio del interés superior y derecho a ser oído, y ahora en los últimos años a la Ley N° 21.334 Sobre Determinación del Orden de los Apellidos por Acuerdo de los Padres, en el artículo 2 cuando se trata de invertir el orden de los apellidos y existen hijos mayores de 14 años y menores de 18 años de edad, en donde éstos deberán manifestar su consentimiento para que se altere el orden de sus apellidos; ley N° 21.120 que Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género, específicamente en la letra F de su artículo 5 al mencionar el principio de la autonomía progresiva como *“Todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez. El padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente deberá prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley.”*; ley 21.430 ya tratada en el apartado anterior de este capítulo; y en la jurisprudencia que se ha ido formando en la medida de que difieren de la interpretación de los parámetros dados por el mismo principio.

Los jueces son los responsables de aplicar la ley y tomar las decisiones pertinentes conforme a las circunstancias específicas de cada caso, de cada niño y/o adolescente. Para ello, consideran factores como la edad, el nivel de madurez, la capacidad de comprensión que son portadores de derechos y en la decisión que éstos quieran manifestar, su capacidad cognitiva, su edad cronológica acorde con su pensamiento, etc., los cuales van variando en función de dichas circunstancias por las que atraviesan, los signos cognitivos que desarrollan a cierta edad y la naturaleza del caso que se ventila a su conocimiento y decisión. Sin

embargo, aún existe una dificultad al momento de determinar si un niño, niña y/o adolescente ha de ejercer progresivamente sus derechos, en especial, la de ser oído, pues significa, además, hacer un análisis de cómo oírlo, en qué lugar y tiempo, la postura de los intervinientes, qué actores judiciales intervendrán, etc., condiciones que no están abordadas por la ley 19.968 sobre Tribunales de Familia.

Básicamente y como se analizaba en el acápite anterior, si bien la Ley 21.430 ha sido hasta ahora la ley que más se ha acercado a reforzar los postulados de la Convención, no ha sido más que reiterar sin extenderse más allá de manera concreta y acertada sobre los criterios que establecen los artículos 5 y 12, y que explique de cómo aplicar el principio, los criterios y/o fórmulas para ser desarrollado. En este sentido, al ser aplicado el principio de manera general y subjetiva por parte de quien interpreta y aplica la ley, se corre el riesgo de dejar de lado a cierto grupo etario de niños y niñas más pequeños, pues, como se ha venido señalando y, sin perjuicio de que la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General N° 7 conmina a los Estados Partes a no fijar límites ni a excluir a los niños de ejercer sus derechos conforme a su autonomía progresiva, al señalar que los niños son sujetos de derechos desde la edad 0, nuestra legislación no ha abarcado de manera concreta la situación en la que se haga cargo del contenido del principio en cuestión, incluyendo las observaciones que el mismo Comité ha realizado en sus informes.

En Tribunales de Familia, el principio de la autonomía progresiva está presente en materias de vulneración de derechos, vale decir, en causas de medida de protección, y también en materias contenciosas como las de cuidado personal, relación directa y regular, y violencia intrafamiliar, así como también en gestión voluntaria como la autorización para la salida del país, en donde el Juez puede citar al niño o adolescente por quien se solicita su autorización, para efectos de conocer su voluntad y/o indagar en los beneficios que le reportaría el viaje. A partir de la observación realizada en la práctica, como abogada y también por medio de la jurisprudencia que se ha formado a partir de las sentencias recurridas cuando el principio de la autonomía progresiva no es aplicado como se debe, es posible advertir que los jueces relacionan el principio con un rango etario más que la madurez y evolución de sus facultades. Es una suerte de despeje de partida que realizan, especialmente a la hora de que los niños deciden ejercer su derecho a ser oído. En este punto me refiero

principalmente a los niños de menor edad, pues cuando llegan a la adolescencia hay una claridad mayor para efectos de poner en práctica el principio en cuestión, sin perjuicio de ello, es posible advertir también un punto en común, y es que el principio debe ser aplicado caso a caso, pues no todos los niños y adolescentes son iguales, toda vez que los niños no adquieren competencia sencillamente a consecuencia de la edad, sino más bien, mediante la experiencia, la cultura, así como también en base a ámbitos sociales donde habitan. Vemos, entonces, en la práctica que la puerta de entrada a la aplicación del principio de la autonomía progresiva, es derechamente la edad, en especial, cuando se trata de que ejerzan su derecho a ser oído. Siguiendo esta línea, para Marcela Acuña San Martín, según la edad, la autonomía importa la participación en carácter personal de los niños y los adolescentes en la realización de sus derechos, atendiendo al grado de desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado. Agrega, además, que la autonomía progresiva supone que, en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad, toma control sobre diversos ámbitos de acción.⁴⁴

En los juicios de familia, los niños carecen de la calidad de parte, tomando su lugar algún representante legal o de organismos públicos o privados como los curadores ad litem, quedando desplazados de su papel protagónico. Su participación se vería reflejada netamente en las audiencias reservadas y peritajes e informes de diagnósticos clínicos, o a través de su curador. Estos mecanismos con los cuales se manifiesta la aplicación del principio de la autonomía progresiva, ya sea de manera directa o indirecta, no habilitan al niño o adolescente a realizar algún tipo de gestión durante el proceso o a realizar solicitudes directamente. Ahora, no existen criterios uniformes por parte de los jueces ni protocolos que establezcan cómo abordar los criterios de edad, madurez y suficiente juicio, por lo que estos son apreciados en forma personal por los jueces y va a depender de la materia que estén conociendo. Así en las causas contenciosas, se recoge la autonomía progresiva del niño a partir de informes psicológicos o de diagnósticos, o informes de habilidades parentales en relación al niño o adolescente, o través de relatos de terceras personas para el caso en que rinda prueba testimonial. Sin perjuicio de ello, es en las causas de medida de protección en donde los niños y adolescentes tienen mayor participación y ello también porque son los

⁴⁴ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. “Aplicación Judicial de la Autonomía Progresiva de los Niños”. Diario El Mercurio, 2015.

protagonistas de la causa, porque son las víctimas. Mayormente estos ejercen su derecho a ser oído en las audiencias reservadas. Sin embargo, se advierte que los niños menores de 5 años son los menos recurrentes a la hora de oírlos en juicio, cuya voz es traducida e interpretada por adultos. La justificación de la decisión de escuchar a o no a un niño y/o adolescente, normalmente se define en razón de su edad, y ello, en parte por razones técnicas que van desde las habilidades de cómo relacionarse o tratar con un niño, cuestión que escapa en parte de la especialización y profesional de un abogado y Juez, a razones protectoras para evitar una posible represalia o manipulación por parte de los adultos responsables de un niño.

Ahora bien, el rol del Consejo Técnico de un Tribunal de Familia, juega un papel importante a la hora de ponderar si un niño está en condiciones o no de ser escuchado por un Juez. En la tramitación de causas por vulneración de derechos, es posible advertir que las solicitudes de audiencia reservada con un niño o adolescente, primeramente, pasan los antecedentes de la causa a un consejero técnico quien se encarga de ponderar su factibilidad y cómo ha de ser escuchado. Consultada la opinión de una Consejera Técnica del Juzgado de Familia de Talca, manifestó que “todo va a depender del trabajo que previamente realice un curador ad litem del niño(a) o adolescente, porque en definitiva el curador va a ilustrar al Tribunal si el niño es capaz de sostener una entrevista o no.”

A su vez, consultada la opinión de una Jueza de un Tribunal de Familia, indica que “Lo primero en que me fijo es en la edad y lo analizo con el Consejo Técnico si es necesario fijar audiencia y llamar al niño para entrevistarlo”.

(Jueza N°2) “Acá comúnmente los cito a partir desde los tres años, en presencia de su curador y Consejo Técnico. Más allá de las escasas palabras que puedan decir, los observo cómo se van comportando a las preguntas, cómo se desenvuelven.”

(Juez N°3) “Personalmente desde los 7 años, porque es una edad en que la capacidad de comprensión y manifestación del niño se da a entender más y ya pueden ir comprendiendo mejor el por qué están ahí, qué es lo que les afecta, qué desean. Es posible tener un diálogo mayor y sostenido a esa edad. Ahora, claramente el desarrollo de la escucha será distinto entre uno y otro de la misma edad, porque existen otros factores que influyen en el resultado de la observación que haga.”

De las fuentes consultadas, es posible advertir que la aplicación de los criterios basales establecidos para el ejercicio de la autonomía progresiva, son pocos claros y se centran mayormente para la toma de decisión, en la edad. Este suele ser el punto de partida y en lo que mayormente los jueces se fijan a la hora de escuchar a un niño y/o adolescente, resultando ser un factor determinante para justificar la necesidad de escucharlos, visualizándose una especie de aprehensión a la hora de oír a niños más pequeños.

Un detalle no menor en el ejercicio de la apreciación de la autonomía progresiva, tiene que ver con la composición e integración en la sala de audiencias. En los Tribunales de Familia, se presenta un número indeterminado de jueces, así hay tribunales que están compuestos por tres jueces, cinco e incluso llegando a diez, lo que significa que hay más de un criterio que no siempre va a estar alineado con el de otro juez. Las audiencias en los tribunales de Familia, tanto en procedimiento ordinario como especial, están compuestas por la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio. La audiencia preparatoria la presidirá un juez y la audiencia de juicio otro juez, vale decir, no hay una radicación de causas, lo que podría significar un grave problema si se escucha a un niño en audiencia preparatoria y luego se hace necesaria una segunda entrevista durante el transcurso del juicio la cual podría ser presidida por otro juez distinto al que encabezó la audiencia preparatoria inicialmente.

3.4.- Análisis Jurisprudencial: Inobservancias al Principio de la Autonomía Progresiva.

Como se expresaba anteriormente, la ley procesal del derecho de familia no aborda de manera específica cómo aplicar el principio de la autonomía progresiva. Vale decir, si por parte de la Convención existe el establecimiento de criterios a tomar en cuenta explicados de manera general, delegando su desarrollo e interpretación a los Estados Partes, menos lo ha habido en la legislación nacional por medio de una norma procesalista que regule el derecho de familia -en esta aspecto- en Tribunales de Familia. Sin embargo, ello no ha obstado a que tanto tribunales inferiores como superiores, hagan de su interpretación una cercana aplicación a lo que esperaríamos el texto de la Convención y las Observaciones que ha dictado el Comité sobre los Derechos del Niño en particular, aún más para el caso de cuando este principio entra en pugna con otros.

A continuación, se presentará el análisis de una sentencia dictada por el Juzgado de Familia y Corte de Apelaciones de Valdivia, que plantea una colisión de derecho y principio, entre el derecho a la vida y la autonomía progresiva.

I.- Caso Medida de Protección con fines terapéuticos del niño Robynson Leonardo Gómez Noa.

En autos RIT P-178-2009 del Juzgado de Familia de Valdivia, se apertura causa de medida de protección solicitada por el Hospital Base de dicha ciudad, en beneficio del niño Robynson Leonardo Gómez Noa, de 11 años de edad, quien padece de Leucemia Linfoblástica Aguda, explicando que la madre no ha informado su opción al equipo médico de continuar el tratamiento para su hijo, ni ha sido ubicada telefónicamente para que se pronuncie sobre la opción ofrecida. Explica la doctora informante, que al niño debe dársele la opción de someterse al tratamiento prescrito porque tiene un 40% de posibilidades de sobrevivir.

La madre del niño, se rehúsa someter a su hijo de 11 años de edad al tratamiento médico que se ofrece, por cuanto éste le asegura escasas posibilidades de sobrevivir y durante su curso le significará a su hijo enormes padecimientos, los que ya conoció al vivirlos en similar tratamiento que se le suministró en el periodo 2005-2007.

En su considerando quinto, el Tribunal indica que debe privilegiarse la alternativa que científicamente ofrece una posibilidad de vida que es superior al del transcurso letal de la enfermedad, no existiendo motivo alguno para privar al niño de esa alternativa. Por lo que, teniendo en consideración aquello y argumentando que la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de ésta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarreará su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevivir, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles.

En razón de lo anterior, resuelve acoger la medida de protección requerida por el Hospital Base de Valdivia, y dispone que debe practicarse al niño Robynson Leonardo Gómez Noa el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida.

No obstante, la madre del niño decide impugnar lo dictaminado por el Juzgado de Familia de Valdivia mediante la interposición de un recurso de apelación. Es así como el 14 de mayo de 2009, causa Rol N° 103-2009, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, sin desconocer la obligación que la ley 19.968 impone a los Jueces de Familia consistente en el deber de adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar la debida protección de los niños, niñas y adolescentes, le resulta jurídicamente imperativo pronunciarse directamente sobre la opción que se plantea a la madre, en su considerando décimo tercero, se encarga de exponer y aclarar que la forma en que la jueza del primer grado interpretó tal disposición y consecuente decisión, excede del marco atributivo de un Juez Familia, en este caso.

“Que en el caso concreto del menor Gómez Noa la juez de primer grado ha dispuesto la práctica imperativa de la amputación testicular y de una nueva quimioterapia, a pesar de que la medida de protección solicitaba ubicar a la madre, con el propósito de dar la opción a este menor de tratarse; y lo hizo entendiendo que ello constituía su deber atentos los términos en que la Ley de Familia encarga a los Tribunales la protección de la vida y la integridad del niño, interpretando esa exigencia como imperando esa protección ¿en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción. A juicio de esta Corte, tal decisión excede el marco atributivo del Juez de Familia, en base a las consideraciones que siguen.”⁴⁵

Agrega en el siguiente considerando, décimo cuarto “Que, en primer término, no se tuvo en cuenta la opinión del menor. Es completamente cierto que la autonomía individual no se reconoce plenamente por el ordenamiento jurídico nacional sino hasta los dieciocho años, y que por lo mismo esa opinión nunca podrá considerarse definitivamente determinante. Pero la ley reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas. Teniendo el niño Gómez Noa once años de edad, y habiendo vivido antes la experiencia de un tratamiento de quimioterapia, estima esta Corte que, aunque fuera nada más que para una mejor ilustración, debió consultarse su parecer.”

En base a lo anterior y a otros argumentos relacionados al derecho a la vida, el tribunal superior decide acoger el recurso de apelación interpuesto por la madre y revocar la sentencia

⁴⁵ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia ROL N°103-09. 14 de marzo de 2009.

dictada por el tribunal inferior, ordenando al Juzgado de Familia de Valdivia, en primer lugar, a tomar las medidas que juzgue necesarias para verificar que la madre del menor reciba de parte del Hospital Base de Valdivia toda la información relevante a efectos de que adopte su decisión. Decisión que, previa audiencia del menor, comunicará al mismo Hospital o al médico tratante, y se cerciorará de que esa decisión sea formalizada de acuerdo con los procedimientos hospitalarios en uso y, en segundo lugar, adoptar las medidas que juzgue convenientes para que la madre del menor sepa con claridad, de parte del Hospital Base de Valdivia, cuáles son los tiempos y condiciones en que puede retractarse de una negativa inicial a recibir el tratamiento propuesto para su hijo; y que en cualquier caso, podrá acceder siempre a terapias paliativas del dolor.

La sentencia en cuestión, tiene varios puntos a debatir ya que pugnan entre sí varios derechos, como el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la información, derecho a decidir libremente los tratamientos a los cuales someterse y, para el caso de este trabajo, el derecho a ser oído dado por el principio de la autonomía progresiva del niño Robynson Leonardo Gómez Noa. La interpretación que la jueza de primera instancia ha dado al derecho base que hay detrás de solicitar este tipo de medida de protección y que en un tribunal superior haya sido debatida y revocada la decisión adoptada, ocurre porque nuestro ordenamiento jurídico no proporciona una instrucción y respuesta concreta para estos casos, desde el punto de vista racional, puesto que los principios jurídicos que hay aquí tienen más bien un fuerte contenido moral, y ello también, porque en el fondo se está debatiendo sobre la vida o la muerte de un ser humano, por lo tanto la decisión -que por lo demás, va a tomar un tercero- ha de ser extremadamente cuidadosa y acertada. Conjugar la autonomía progresiva con el interés superior del niño, parecen ser los dos principios a alinear para obtener un resultado favorable a su satisfacción integral.

Se observa en la sentencia dictada en primera instancia, que la Jueza del Tribunal de Familia de Valdivia, no dio la posibilidad de que el niño ejerza su derecho a ser oído, pese a tener 11 de años edad y con una experiencia anteriormente vivida en base al mismo tratamiento médico, el cual, si bien es cierto, no fue fructífero. Llama la atención, que aún así, toma la decisión de que al niño se le ampute y sea sometido a un tratamiento que él ya había realizado antes sin resultados positivos.

Por otro lado, la decisión adoptada se presenta como una medida de protección, es decir, por vulneración de derechos, cuando el objetivo perseguido inicialmente por la parte requirente -hospital- había sido simplemente la de ubicar a la progenitora del niño para que se pronuncie sobre la opción dada, o que por medio de un Tribunal de Familia se adopte una medida, la que, por cierto, no indica o sugiere qué tomar.

En la Observación General Número 12, el Comité de los Derechos del niño se pronuncia sobre la relación entre derecho a ser oído y derecho a la salud, indicando que se debe incluir a los niños, incluidos los niños pequeños, en los procesos de adopción de decisiones de modo conforme a la evolución de sus facultades. Se les debe suministrar información sobre los tratamientos que se propongan, sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para los niños con discapacidades. Como es posible advertir, en la decisión tomada por el Juzgado de Familia, se omitió dar la instancia al niño a que ejerza su derecho a ser oído, no tan sólo en sede judicial, sino también en un organismo de salud del Estado, dado a que no se ha garantizado el acceso de los niños al asesoramiento y consejo médico confidencial aún sin el consentimiento de los padres, tal como indica el Comité. A mayor abundamiento, hasta antes de mayo del año 2021, la ley N°20.584 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes, no consagraba expresamente los derechos que han de tener los niños, niñas y adolescentes en la atención de salud, así como los deberes, sino más bien, los englobaba junto a los adultos al homologar la palabra “toda persona”, sin embargo, aun cuando en este sentido le compete a los padres o a quien tenga su cuidado, representar legalmente los intereses de éste, en cierta medida implicaba que en la práctica un niño de once años -como en este caso- no pudiera opinar o decidir personalmente el tratamiento que le pareciera adecuado estando previamente informado para ello. Esto sucedía hasta el 11 de mayo de 2021, fecha en la que se publicó la ley N° 21.331 sobre Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de Salud Mental, en donde en su artículo 25 modifica el artículo 10 de la ley N° 20.584, estableciendo que *“todo niño, niña y adolescente tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad y la forma en que se realizará su tratamiento, adaptada a su edad, desarrollo mental y estado afectivo y psicológico.”* Agregando además al artículo 14 de la mencionada ley a la que modifica que: *“Sin perjuicio de las facultades de los padres o del representante legal para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad competentes,*

todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído respecto de los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que éstos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico. Deberá dejarse constancia de que el niño, niña o adolescente ha sido informado y se le ha oído.”

Por otro lado, al contrario de lo resuelto por el Juzgado de Familia, la decisión final adoptada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, tiende a abordar de manera integral el principio del interés superior del niño, toda vez que reconoce cierto grado de autonomía para adoptar decisiones personales. Ello queda plasmado desde que ordena al tribunal inferior a tomar las medidas que juzgue necesarias para verificar que la madre del menor reciba de parte del Hospital Base de Valdivia toda la información relevante a efectos de que adopte su decisión, con previa audiencia del menor, es decir, le conmina a que el niño pueda ejercer su derecho a ser oído, a escuchar su opinión acerca de la medida que le va a afectar. De este modo, es sumamente importante reconocer la interpretación que hace el tribunal superior al considerar que la decisión adoptada por el Juez de Familia excede de sus atribuciones, pues no respetó ni tomó en cuenta la opinión del niño. Es así como en su considerando 11° indica que *“(…) reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas”*. Vale decir, reconoce expresamente la autonomía del niño, limitando en cierto modo la participación del Estado en estos asuntos.⁴⁶

II.- Caso sobre Autorización para salir del País.

En causa RIT C-2617-2019 del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, se discute la autorización para salir del país de una niña de iniciales A.A.A, de 10 años de edad de ese entonces, junto a su madre, con destino a Valencia, España, con el fin de residir en dicho país. La autorización se solicita por el plazo de dos años. Tal solicitud fue rechazada por sentencia de fecha 17 de septiembre de 2019.

⁴⁶ Considerando 16°. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia ROL N°103-09. 14 de marzo de 2009.

En contra de la sentencia dictada, la progenitora de la niña -demandante- deduce recurso de casación en el fondo, denunciando que se vulneró en abierta infracción al principio de la autonomía progresiva, toda vez que la niña de marras habiendo manifestado su interés de trasladarse a España junto a su madre, tanto en audiencia reservada como a las profesionales que practicaron el informe pericial psicológico, y teniendo la edad suficiente para tomar en cuenta su opinión, se desmereció su voluntad. Se suma también una infracción al principio del interés superior, pues alega que el viaje le mejoraría su calidad de vida tanto a nivel socio cultural como educacional, lo cual alega no se tuvo en cuenta al ponderar.

En su considerando tercero, sobre la base del análisis de los hechos que la judicatura del fondo tuvo por acreditados, la Excma. Corte Suprema expresa “Que del estudio del fallo impugnado no se observa la existencia de una vulneración a lo dispuesto en los artículos 226 del Código Civil y 32 de Ley N° 19.968, desde que la judicatura no tuvo por acreditada las condiciones de subsistencia mínimas en el país al que se pretende viajar, que permitan asegurar una estabilidad material y afectiva para la niña, apareciendo, más bien, que lo que persigue con el recurso interpuesto es modificar los hechos establecidos en la sentencia”. Agrega además que “En la especie, si bien se acusa infracción al artículo 32 de la Ley 19.968, se prescinde de un desarrollo argumentativo referente a la manera en que se habría producido, omitiéndose señalar cuál de las reglas de la sana crítica se estima infringida y de qué manera se produjo, circunstancia que permite concluir que, en la especie, lo que realmente existe es una discordancia de la recurrente con la ponderación de la prueba efectuada por la sentencia impugnada, aspecto que, como se dijo, no es susceptible de ser controlado por medio de este recurso.” De este último considerando, se está dando a entender que el recurso no fue presentado en la forma debida, porque se omitió al señalar cuál de las reglas de la sana crítica se estima infringida, lo cual denota más bien un aspecto más procesalista que de fondo.

El eje central de la decisión adoptada por la Corte Suprema, desarrollada en sus considerandos, es preponderante en su alusión a que la parte demandante no logró probar el o los beneficio que reportaría el viaje a su hija, sin perjuicio de que en su considerando números de cuarto a séptimo, reconoce una colisión de principios y derechos, en este último caso, en especial, el derecho que le asiste al padre no custodio a mantener una relación directa

y regular con su hija. Para ello, en su considerando séptimo refiere que “Que, por consiguiente, corresponde a la judicatura conjugar convenientemente esas disposiciones internacionales ratificadas por Chile y la normativa interna, a fin de lograr un equilibrio entre el derecho-deber de la madre quien tiene a su cargo el cuidado personal de Agustina y el derecho-deber de su padre de mantener un régimen comunicacional que les permita conservar su vínculo filial. En la especie, dicha colisión deberá ser resuelta bajo el prisma del interés superior de la niña, que tendrá como norte lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N° 16.618 en lo que se refiere al beneficio que le pudiere reportar su salida del país.” Sin perjuicio de ello, en su considerando octavo señala “Que, en ese contexto, y tal como fue referido por la sentencia impugnada, la parte demandante no logró acreditar la existencia de un real beneficio que a Agustina le reporte la salida del país y que, consecuentemente, amerite la autorización, como lo exige el artículo 49 tantas veces referido, máxime si en la especie el fallo impugnado dejó asentado como hecho de la causa que el demandado y la abuela paterna tienen una presencia importante en la vida de su hija y nieta, ejerciendo un régimen de relación directa y regular en forma permanente, unido a la existencia de un vínculo estable y afectivo, caracterizándose por un apego sano y seguro, construyendo en sus años de vida un lazo afectivo, posesionándolo como una figura positiva y reconocible en su calidad de tal dentro de la estructura familiar que a su edad concibe. De igual manera, los jueces del grado valoraron los dichos de la niña en audiencia reservada y en el respectivo informe psicológico practicado, puesto que, del examen de ambas instancias, se concluyó que Agustina percibe a su padre como una figura presente dentro de su estructura familiar, contando con una identificación positiva, pudiendo afectar el vínculo por un distanciamiento o ausencia de comunicación.”. Del razonamiento que hace el tribunal superior para llegar a rechazar el recurso presentado por la actora, nos parece un tanto confuso por la materia que se discute, el fondo de ella en cuanto a qué es lo que se quiere lograr -que es la salida del país de la niña junto a su madre-, versus el derecho-deber del demandado que tiene sobre la niña, en donde no se está poniendo en tela de juicio el derecho que le asiste de relación directa y regular para con ella. Es decir, si fuese esa la discusión de su procedencia o no -o de su reafirmación en esta instancia-, debiese haberse ventilado inicialmente en otro tipo de procedimiento. Por otro lado, la decisión adoptada nos parece que sigue pasando por alto el principio de la autonomía progresiva, toda vez que, si bien, la niña ejerció su derecho a ser oída,

manifestando positivamente su interés de viajar junto a su madre, no fue debidamente ponderado su deseo y manifestación en conjunto con el interés superior el cual, en este caso, contempla el beneficio social, económico, cultural, entorno multicultural, etc.; ello puesto que la figura infringida del derecho y el análisis realizado por la Corte recae netamente sobre la prueba presentada por la madre que no alcanzó la realización de todos los estándares de valoración para haber adoptado otra decisión diferente. Junto con ello, es importante traer a colación lo que dice la Observación General N° 12 respecto de la carga probatoria para efectos de la aplicación del principio de la autonomía progresiva. En este sentido, a la luz del análisis literal del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es clara al indicar que los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad. En este caso la manifestación de la niña de autos siempre fue clara al expresar que sí desea trasladarse con su madre a España. Tomar debidamente en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes impone conferir un "especial peso" a su opinión y a las preferencias expresadas en su caso. No se refiere a que se deba resolver de la forma en que el niño quiere, pero a la hora de sopesar las distintas alternativas de solución a un conflicto debe conferirse un mayor peso relativo a la escogida por ellos.

A su vez, el considerando octavo dicta que “De igual manera, los jueces del grado valoraron los dichos de la niña en audiencia reservada y en el respectivo informe psicológico practicado, puesto que, del examen de ambas instancias, se concluyó que A. percibe a su padre como una figura presente dentro de su estructura familiar, contando con una identificación positiva, pudiendo afectar el vínculo por un distanciamiento o ausencia de comunicación.”. Creo que en este punto se centra una problemática que no es el fin que persigue la autorización de salida del país peticionada por la progenitora, es decir, no es el objetivo suspender, restringir o afectar el vínculo de relación directa y regular entre el padre y su hija. Sería pertinente por parte de los Tribunales de Justicia, abandonar la concepción de que la realización del régimen de relación directa y regular a desarrollarse exclusivamente de manera presencial, pudiendo realizarse a través de formas telemáticas por medio de aplicaciones tecnológicas como Zoom o Teams, o coordinar viajes de un país a otro. Si bien estos medios no han sido actualmente regulados como una forma de visitas virtuales, no

obstante, de operar en forma muy natural, actualmente las consecuencias generadas por la pandemia del virus Covid-19, ha introducido la necesidad de considerar estos avances tecnológicos como una forma válida de comunicarse o de concretar una visita por régimen de relación directa y regular en este caso.

III.- Caso sobre Cuidado Personal.

En autos RIT C-2167-2018, del Primer Juzgado de Familia de Santiago, sobre cuidado personal, por sentencia de fecha veintidós de abril de dos mil diecinueve, se acogió la demanda incoada por el progenitor de dos niños de 12 y 16 años de edad. Posteriormente se alzó la demandada -progenitora de los niños- y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de fecha treinta y uno de julio de dos mil diecinueve, la revocó y en su lugar desestimó la demanda, radicando el cuidado personal definitivo de los niños en su madre, estableciendo un régimen comunicacional entre estos y el actor. El razonamiento que tuvo la Corte de Apelaciones, en especial, para ponderar lo manifestado por los niños de autos en ejercicio de su autonomía progresiva, esto es, mantenerse en las actuales condiciones viviendo junto a su padre en la residencia familiar, es contrario a lo razonado en la sentencia de primer grado, suprimiendo íntegramente dicho motivo, y sostiene una cosa distinta, estableciendo, en cuanto a la opinión de los niños “que lo que ambos manifiestan es que quieren mantenerse viviendo en su casa y que la adolescente expresa derechamente querer estar con su madre en ella; el niño expresa sentimiento encontrados en relación a la madre, atendida la situación vivida y la exposición del padre”.

En contra de la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago, procedió a impugnar el demandante mediante recurso de casación en el fondo, fundamentando principalmente que se desestimó la opinión de los niños que así lo manifestaron tanto en sede judicial, en audiencias reservadas, como extrajudicial, de mantenerse en las actuales condiciones, esto es, viviendo junto a su padre en la residencia familiar, lo que vulnera su interés superior, habiéndose acreditado que el actor cuenta con todas habilidades parentales para ejercer su cuidado, cuestión que es recogida por la sentencia dictada en primera instancia. Bajo esto, la Corte Suprema al hacer el razonamiento respectivo sobre la base de los hechos previamente establecidos en primera instancia, concluye que si bien ambos progenitores son aptos para la crianza de sus hijos, los niños han manifestado en diversas

oportunidades durante el transcurso del proceso su interés de permanecer en las mismas condiciones actuales, esto es, bajo el cuidado de su padre, antecedente relevante atendido el derecho de toda adolescente y niño de ser oídos y del principio de autonomía progresiva, pues, a sus 16 y 12 años de edad, es inconcuso que ya gozan de cierto nivel de autonomía y de capacidad para opinar respecto de aquellos asuntos que les conciernen de manera directa, con un fundamento psicológico y moral que debe ser atendido, máxime si constituye uno de los criterios a considerar según lo estipulado en la letra f) del artículo 225-2 del Código Civil, lo que obliga a considerar su parecer para efectos de configurar su interés superior. Por aquella consideración y otras procede a decretar la existencia de un error de derecho que influyó en lo dispositivo del fallo, ya que condujo a desestimar la demanda intentada por el padre para obtener el cuidado personal definitivo de sus hijos y, en tal circunstancia, procede a hacer lugar al recurso de casación en el fondo y dictando una sentencia de reemplazo en la que se otorga el cuidado personal de los niños a su padre.

Aquí vemos efectivamente que más allá de las valoraciones que haya hecho la Corte de Apelaciones, la cuales se correlacionan un poco a la dinámica que mantenían las partes en conflicto, la Corte Suprema opta porque el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, se debe entender como uno de participación que debe ser interpretado en consonancia con el principio del interés superior y el de la autonomía progresiva.

Nos parece que el razonamiento hecho por el tribunal superior para acoger el recurso de casación impetrado por el actor es de toda lógica y se encuentra en armonía con el peso que hay que dar al relato de los niños y adolescentes tal como instruye tanto la Convención de los Derechos del Niño como el Comité de éste en su Observación General N° 12. Ello refleja cómo la Corte Suprema considera la actuación de escuchar a los niños y adolescentes, vale decir, como un trámite esencial y vital en el procedimiento, pues es de tal importancia que hasta su omisión puede llegar a anular lo obrado.

3.5.- Propuesta de conceptualización.

A partir de lo prescrito en los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la autonomía progresiva supone, en torno a los criterios basales, que la toma de decisiones de los niños y adolescentes varían de acuerdo a los factores y circunstancias específicas de cada caso. En sí, estos criterios basales no son taxativos o únicos, pues al final la ponderación que hace el intérprete del ejercicio de los derechos de un niño, niña o adolescente, también engloba al desarrollo de otras áreas de su vida. Sin embargo, el punto de partida para considerar el principio en estudio, es determinar cuándo el niño está en condiciones de formarse un juicio propio, tomando en cuenta su edad y madurez. No debe partirse de la premisa que un niño, niña o adolescente es incapaz, sino por el contrario, darle la instancia para que pueda expresar sus propias opiniones, sin que le corresponda probar primero que posee capacidad para hacerlo.

A diferencia del estatuto civil, en materia extrapatrimonial y familiar, el principio de la autonomía se hace más flexible en términos etarios. Mientras que en el derecho civil la incapacidad civil ya está definida, en el Derecho de Familia la consideración de este sistema etario está ligada en la particularidad de cada niño, niña y adolescente, según su desarrollo intelectual, cultural, social y emocional. Sin embargo, como se ha venido señalando, la forma en cómo está señalado este principio en la Convención sobre los Derechos del Niño, de manera más bien general, sin detención alguna en una concreta definición, hace que el significado que dan de ello los Estados Partes, también sea de manera general sin ahondar más allá en una definición exacta y armónica con los que postula la Convención y otras normas que se han ido dictando en torno al tema.

Por lo anterior, es que bajo la problemática que se suscita en su interpretación práctica, creo pertinente plantear un desarrollo de criterios más objetivos que se den en un artículo especial que permita a los jueces hacer de ello una correcta interpretación y aplicación, sobre todo a la hora de tomar la decisión de escuchar a un niño y/o adolescente independiente de la edad que tenga, para que así no existan discrepancias a partir desde qué edad a un niño se le puede escuchar. Para ello, la Ley N° 19.968 que regula los procedimientos ante Tribunales de Familia debiese reformarse y consagrar mecanismos

eficaces para lograr que se pueda ejercer indiscriminadamente los derechos de los niños, abarcando aspectos como:

a.- Edad mínima en la que un niño o niña pueda ejercer su derecho a ser oído, debidamente informado. Si bien la Observación General N° 7 aconseja no fijar una edad en la que estos puedan ser escuchados, se torna necesario establecerlo así, dado a los criterios subjetivos que se advierte por parte de los jueces en la instancia de escuchar o no a un niño(a). Por lo que, tomando en consideración, que los niños son sujetos de derechos desde que nacen, resulta necesario que ello quede plasmado en una norma indicando, específicamente, que puedan ser escuchados aún desde su primera infancia, toda vez que, como vimos anteriormente, la comunicación verbal no es la única manifestación.

b.- Establecer por medio de una norma qué se entiende por la evolución de sus facultades, desglosando los aspectos que se ha de tener en cuenta para lograr una completa y eficaz interpretación de la realidad de cada uno.

c.- Oportunidad en la que se oirá a un niño, niña y/o adolescente y la forma en que se realizará tal diligencia.

d.- Establecer como presencia directa la participación de los niños, niñas y adolescentes, en todos los procedimientos judiciales que les afecten y en el que puedan ser escuchados.

CONCLUSIONES

El desarrollo y objetivo principal de este trabajo ha sido dar a conocer, en base a la normativa vigente, la aplicación práctica -en Tribunales de Familia- del principio de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, teniendo como base lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, específicamente en sus artículos 5 y 12, que es donde se refiere al principio en comento.

El reconocimiento de los derechos del niño no ha sido una tarea fácil a lo largo de la historia, sobre todo incorporarlo a las legislaciones adscritas a la ratificación de la Convención. Hemos visto que este reconocimiento se ha dado de forma paulatina a lo largo de los años, intentando de desarraigar la forma paternalista de ver a la infancia y adolescencia, pasar de la doctrina de la protección tutelar a la protección integral del niño, lo que, en este último caso, reconoce efectivamente a los niños, niñas y adolescente como sujetos de derechos, implicando también una atribución de aplicación directa y reconocida de los derechos humanos. Esto ha venido a cambiar el paradigma de las relaciones paterno filiales respecto de aquellos que tienen que actuar en vida jurídica por medio de un representante primeramente legal. De este modo, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, nos recuerda el derecho de los padres de impartir a sus hijos, dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derechos que le son reconocidos. Este artículo no dice que tengan que ser los padres quienes ejerzan los derechos por sus hijos, sino que los conmina a acompañarlos y a orientarlos en el ejercicio de sus propios derechos, como un ser independiente. Todo esto, ha significado atenuar la autoridad paterna, para un cambio positivo con mayor énfasis en el interés superior del niño, principio que se encuentra íntimamente relacionado con el de la autonomía progresiva, toda vez que al primero tiene una interpretación y aplicación integral para la plena satisfacción y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

En virtud de lo anterior, el Estado tiene la tarea y el deber de apoyar a los padres en el cumplimiento del rol que reza el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto por medio de la creación de políticas públicas y sociales y, por otro lado, la de cumplir y garantizar que la crianza y educación en dirección hacia el logro de su autonomía.

Sin perjuicio de lo anterior y del principal objetivo que enfoca la referida Convención, existe y persiste en la actualidad un problema de interpretación y ponderación del principio de la autonomía progresiva, lo que deja de manifiesto que el origen de ello se remonta a la poca claridad y/o exactitud con que la legislación actual trata el principio en estudio. Existe una suerte de ambigüedad que, como quedó plasmado en el análisis jurisprudencial, da lugar a la discrecionalidad con la que los Jueces de Familia interpretan y ponderan la aplicación del principio de la autonomía progresiva que, como consecuencia, puede vulnerar la debida participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos y toma decisiones que vayan a afectar directamente su vida. Este punto de inflexión se da específicamente en torno a los criterios dados por el artículo 12, como juicio propio, edad y madurez, pues como se ha visto, en nuestra legislación nacional no existe un desarrollo de cada uno de ellos, sobre todo en lo que respecta a la edad para que los niños puedan ejercer por sí mismo sus derechos, sin la necesidad de una representación. En este sentido, al ser aplicado el principio de manera general y subjetiva por parte de quien interpreta y aplica la ley, se corre el riesgo de dejar de lado a cierto grupo etario de niños y niñas más pequeños, sin perjuicio de que la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General N° 7 conmina a los Estados Partes a no fijar límites ni a excluir a los niños de ejercer sus derechos conforme a su autonomía progresiva, desde que dice que los niños son sujetos de derechos desde la edad 0. Nuestra legislación no ha abarcado de manera concreta la situación en la que se haga cargo del contenido del principio en cuestión, quedando básicamente, al arbitrio de la judicatura el peso que ha de darle al ejercicio de un determinado derecho por parte de un niño. Ello se materializa con mayor concurrencia a la hora de determinar si un niño ha de ser escuchado o no en audiencia reservada o en cualquier estado del juicio.

La falta de profundización en este tema, hace necesaria una revisión de las leyes vigentes para así aplicar lo que establece la Convención, sobre todo en Tribunales de Familia, de manera tal que se creen mecanismos para que los niños exijan y ejerzan sus derechos, brindando la oportunidad a todos los niños y adolescentes de ser escuchados, no tan sólo en lo que respecta a una verbalización de sus deseo manifiesto, sino también, a que apunten a la comunicación no verbal que un niño pueda develar y entregar de esa manera cierta información, evitando, por consiguiente, que un niño se le aplique en forma distinta el ejercer sus derechos y a otro niño de otra forma, en atención a un Juez que conoce la causa o cierta

etapa de la causa y la manera en que éste vaya a subsanar el vacío que presenta la ley sobre este punto, pues, como se señaló latamente, aun no estando regulados en concreto los criterios del principio de la autonomía progresiva, dentro de la judicatura no existe un consenso de cómo interpretar o aplicar el principio y los derechos que derivan de éste. Todo esto nos lleva a relacionarlo a la vinculación entre la autonomía del niño, niña y adolescente, con su calidad de ser sujeto de derecho, por ende, el trato que se ha de dar sobre este punto ha de ser objetivo, normado e integral ante los procedimientos que se suscitan en Tribunales de Familia, para así mismo, plasmarse, al fin y al cabo, en la realización del máximo principio del interés superior que va unido junto al reconocimiento de ser los niños y adolescentes sujetos de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. “Aplicación Judicial de la Autonomía Progresiva de los niños.” Diario El Mercurio, Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/06/04/Aplicacion-judicial-de-la-autonomia-progresiva-de-los-ninos.aspx>
- BAEZA CONCHA, Gloria. (2001). “El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su recepción en la Legislación Nacional y aplicación en la Jurisprudencia”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 28 N° 2.
- BELLAMY, Carol. (2005). Unicef. “Estado Mundial de la Infancia: La infancia amenazada”. Disponible en: https://www.unicef.cl/centrodoc/pdf/estados/sowc05_sp.pdf
- BELOFF, Mary. (1999). “Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, [en línea] Justicia y Derechos del Niño, Número 1.
- BENAVENTE, María Isabel. “Las personas menores de edad, capacidad progresiva y cuidado del cuerpo y la salud en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Disponible en: <https://salud.gob.ar/dels/entradas/las-personas-menores-de-edad-capacidad-progresiva-y-cuidado-del-cuerpo-y-la-salud-en-el>
- BOFILL, April; COTS, Jordi. (1999). “La declaración de Ginebra. Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia.” Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf
- BUAIZ VALERA, Yuri Emilio. “La doctrina para la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones”. Disponible en: <http://aularedim.net/diplomado/docs/M2/M27.pdf>
- CHICA LASSO, Marco; ROSERO PRADO, Ana Lucía. (2012). “La Construcción Social de la Infancia y el Reconocimiento de sus Competencias”. Disponible en: <https://revistas.usb.edu.co/index.php/Itinerario/article/view/1401/1194>
-

- CILLERO BRUÑOL, Miguel. (1999). “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de Principios”. Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Justicia y Derechos del Niño.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. (2001). “El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño.” Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- COUSO SALAS, Jaime “Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos”, p. 76, 1998. En Revista De la Tutela a la Justicia, varios autores, UNICEF/Corporación OPCION, Santiago de Chile.
- Declaración de los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959). Disponible en: <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=33&tipo=documento>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2007). “Justicia y Derechos del Niño”. Disponible en www.unicef.cl
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. (1994). “Legislaciones Infanto Juveniles En América Latina: Modelos Y Tendencias”. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Legislaciones_infanto_juveniles.pdf
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2018). “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”. Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho). Disponible en: <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”. Artículo en línea disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

- LEPIN, Cristián; LAMA, Belén (2020). “La participación de los Niños en juicio de Familia. El mito del derecho a ser oído”. Actualidad Jurídica Iberoamericana. 2020. Número 13.
- LOVERA, Domingo. (2015). “Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas”. Disponible en: https://www.unicef.org/chile/media/1261/file/igualdad_y_no_discriminacion_de_ninos.pdf
- MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra (2021), “Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia”. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. “Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes.” En: Revista Justicia y Derechos del Niño N° 9, año 2007.
- REYES, Yasmina. (2019). “Manual de Periodismo sobre la Niñez y Adolescencia”. Disponible <https://www.unicef.org/panama/media/2131/file/MANUAL%20DE%20PERIODISMO%20SOBRE%20LA%20NI%C3%91EZ%20Y%20ADOLESCENCIA.pdf>
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, & PINOCHET OLAVE, Ruperto. (2015). “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno”. Revista Chilena De Derecho, 42(3), 903-934. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>
- Resolución N°1386 (XIV). Declaración de los Derechos del Niño. Principio II.
- SALOMONE, Gabriela Z. (2016). “Del niño como Sujeto Autónomo al Sujeto de la Responsabilidad en el campo de la Infancia y la Adolescencia.” Disponible en: https://doncel.org.ar/wpcontent/uploads/2016/11/infancia_autonomia_salomone.pdf
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Para cada infancia, todos los derechos.” Disponible en: <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino>
- CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Suscrito por Chile el 26 de enero de 1990, promulgado el 14 de agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Observación General N°7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia”.

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Observación General N° 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado”.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Observación General N°14 (2013): Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.”