

Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos

The implications of considering the child subject to rights

*Maricruz Gómez de la Torre Vargas*¹

¹Universidad de Chile, Chile

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7474-3291>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

RESUMEN: Se aborda las consecuencias que el niño sea sujeto de derecho, lo que implica que tiene autonomía progresiva, y que debe ser oído y considerada su opinión cuando se tome una decisión que le afecte, de acuerdo con su edad y grado de madurez. Principio que entra en colisión con algunas instituciones tradicionales del derecho civil como la capacidad y la patria potestad

PALABRAS CLAVES: autonomía progresiva, capacidad, interés superior del niño, derecho del niño a ser oído.

ABSTRACT: An analysis of the consequences of a child being subject to law, and the implication that the child possesses a progressive autonomy and in accordance with the age and maturity of the child, should be heard when making a decision that impacts the child. A principle that that collides with the views of some traditional civil law doctrines such as capacity, and parental authority.

KEYWORDS: progressive autonomy, capacity, best interest of the child, right of the child to be heard.

SUMARIO: I) Introducción. II) Principio de la autonomía progresiva del niño, niña y adolescente. 1) Autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes y la doctrina clásica de la capacidad. 2) Autonomía progresiva y patria potestad. III) Interés superior del niño. IV) Derecho del menor a ser oído y tomada en cuenta su opinión. V) Conclusiones. Bibliografía.

Recibido: 12/04/18. Observado: 08/06. Evaluado y corregido: 24/09. Aprobado: 22/10

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) ha provocado transformaciones trascendentales en la forma de entender la infancia y la adolescencia. Se produce un cambio en el paradigma, que significó pasar de la doctrina de la situación irregular o Protección Tutelar, que concibe al niño como un objeto de protección del Estado y de la sociedad en general, a la doctrina de la Protección Integral del Niño, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho. Es así como los Estados iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la Protección Integral, en la cual se considera al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y de persona en desarrollo, dejando atrás la concepción de que el menor era un simple destinatario de acciones sociales o un mero objeto de sus padres y del Estado o un sujeto pasivo de medidas de protección.

El modelo de situación irregular o Protección Tutelar se hacía cargo de los menores que se consideraban en situación irregular. Es decir, aquellos que estaban en situación de riesgo social, abandonados o disfuncionales. En esta doctrina, el niño era definido por sus carencias y considerado objeto de protección y control por parte del Estado, las familias y la sociedad, a quienes debían otorgarles tutela y amparo².

Con la incorporación de la doctrina de Protección Integral, se considera al menor sujeto de derecho, lo que implica que se le reconocen derechos autónomos, con capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades. Mientras el niño va alcanzando madurez serán los padres o sus representantes legales quienes los acompañen guiándolos y apoyándolos para hacer efectivo sus derechos.

Este cambio de paradigma se basa fundamentalmente en tres principios: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho de éste a ser oído.

² Sabrina Viola, "Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente", *Cuestión de Derechos*, Revista electrónica N°3 (2012):83.

II.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

Del artículo 5° de la CDN, se desprende el principio de la autonomía progresiva del niño³ que establece que la autonomía del niño, niña o adolescente es progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos. Este principio viene a afectar la facultad de representación y algunas facultades, deberes y responsabilidades de la filiación como la educación, la religión⁴ que tienen los padres o las personas a cuyo cargo se encuentren respecto de sus hijos o pupilos. Este principio se encuentra incorporado en la legislación chilena en los artículos 222.1°; 234.2°; 242,2° y 245 del Código Civil; 3,1°; 27,2°; 54.1°;74.3° N°5 y6 y 85.2° de la Ley de Matrimonio Civil (LMC) y 15 16 de la Ley de Tribunales de Familia (LTF).

Señala que el ejercicio progresivo implica, de acuerdo, a la evolución de sus facultades, que los niños van adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos a medida que se van desarrollando como personas. No se establece una edad fija a partir de la cual los menores ejerzan sus derechos, sino que se evalúa el desarrollo del niño para ejercitarlos. Este desarrollo está estrechamente relacionado con los procesos de “maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre como dichos derechos pueden materializarse mejor.”⁵

Asimismo, el artículo 5° de la CDN determina cuál es el rol de los padres o persona que esté a cargo del menor y del Estado. A los padres o persona que esté a cargo de éste les corresponde dirigir y orientar al menor para que pueda ejercer sus derechos, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que otorgan al niño, niña y adolescente. Estos ajustes deben tener en cuenta los intereses y deseos del menor, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Es decir, la autonomía

³ Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño, artículo 5° “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 su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

⁴ Rodrigo Barcia Lehmann, “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforma a sus condiciones de madurez”, Universidad de Talca, *Revista Ius et Praxis* Año 19 N°2, (2013): 7.

⁵ Naciones Unidas, Observación General N°7. Realización de los Derechos del Niño en la primera Infancia”, *Centro de Investigación Innocenti* (2005): 76.

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.

En cuanto al Estado, el artículo 5° establece que le corresponde a éste, respetar los derechos y facultades de los padres o personas que estén a cargo del niño, niña o adolescente.

Respecto al grado de desarrollo, no hay duda de que hay grandes diferencias en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen los niños. “La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual que la de un adolescente de 16 años: por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.⁶

Por ello, el operador del derecho, sea en el ámbito administrativo como en el judicial, debe tomar en consideración las “condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponde, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”⁷

Es importante destacar que la autonomía o capacidad progresiva que se le reconoce a los niños, niñas y adolescentes no solo comprende el ejercicio de sus derechos sino también sus obligaciones.⁸ Esto significa que los niños, niñas y adolescentes son responsables de sus actos a medida que van adquiriendo madurez y en consecuencia si un adolescente tiene la suficiente madurez para tomar una decisión sobre su vida, también lo es para asumir los errores, riesgos y deberes que aquella decisión le puede traer aparejado.⁹

Por todo lo señalado, podemos concluir que la autonomía progresiva de un menor debe ser evaluada caso a caso, cada niño es único, tomando en cuenta su grado de madurez tanto psíquica como social y culturalmente. Utilizando como parámetros para la evaluación: la familia, el lugar en que vive (no es lo mismo un niño que crece en la capital que un niño que crece en el campo lejos de todo desarrollo tecnológico), la educación, el medio en el que se desarrolla y la situación económica.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva n°17, (2002), párrafo 101.

⁷ Opinión Consultiva N°17, párrafo 102.

⁸ María Julia Delle Vedove, “La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente” *Nuestra Joven Revista Jurídica, III (1- Serie I)*. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho, (2010):4.

⁹ Delle Vedove, “La autonomía progresiva: ...:4

1. AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA CAPACIDAD

Este ejercicio de derechos presenta contradicciones con la doctrina clásica que contiene el Código Civil. El derecho patrimonial clásico ordenó las reglas que determinaban la capacidad en el acto jurídico, centrándose en la capacidad de ejercicio, por cuanto a toda persona se le concede capacidad de goce.

Se entiende por capacidad de goce, “la capacidad para adquirir o gozar de los derechos civiles que tiene todo individuo por el solo hecho de ser persona, de manera que es uno de los atributos de la personalidad”¹⁰. En cambio, la capacidad de ejercicio es

la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil. Pero esta aptitud está constituida por un requisito concreto que debe concurrir en las personas, que lo diferencia de la aptitud para ser titular de derechos, que solo requiere la atribución de la personalidad por el ordenamiento jurídico. Este requisito que supone, o más bien constituye la capacidad de obrar, es la existencia real y concreta de una voluntad capaz de discernir con responsabilidad y con la debida independencia o libertad cuales son los actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales que desea realizar¹¹

Los incapaces absolutos carecen de voluntad y no pueden ejecutar por sí mismo ningún acto jurídico válido, porque este acto supone como elemento esencial la voluntad “y se comprende que quien no la tiene o se encuentra imposibilitado de expresarla, no puede ejecutar un acto de esa naturaleza”¹². En consecuencia, ellos para actuar en la vida jurídica requieren de un representante legal (artículo 43 Código Civil),¹³ que será: el padre o la madre, el tutor o el curador que lo representan, quienes se ponen en su lugar, lo sustituyen¹⁴. Esto es reiterado en el artículo 390 del Código Civil que prescribe “Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones”.

¹⁰ Avelino León Hurtado. *“La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979), 291.

¹¹ Alberto Lyon Puelma, *“Personas naturales”*, (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3ª edición actualizada, 2007): 17.

¹² Corte de Apelaciones de la Serena, Sentencia de 11 de junio de 2010, Rol N°722-2009.

¹³ CÓDIGO CIVIL, artículo 43 “Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador”

¹⁴ Paula Silva Barroilhet, *“La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual”*, (Santiago-Chile, Editorial Thomson Reuters, 2017): 133.

Como señala Paulina Silva “una persona sujeta a tutela o curatela -guarda- carece de toda facultad para que su expresión de voluntad tenga valor, sea considerada y respetada en todos los ámbitos de su vida puesto que otro actúa por él. Se trata de un sistema de voluntad sustituida, anuladora de la persona”.¹⁵

Por su parte, la capacidad de ejercicio se determina conforme a la pubertad, distinguiéndose, conforme al artículo 26 del Código Civil entre infante o niño, simplemente impúber y menor adulto. Como señala Rodrigo Barcia esta forma de abordar la capacidad -conforme a un sistema rígido de edades- se tornó insostenible para resolver los problemas que se presentan en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales. La forma clásica de entender la incapacidad chocó con el derecho moderno, que centró su eje en los derechos fundamentales o de la personalidad, y no en los derechos patrimoniales. Ello ha llevado a separar las reglas de la capacidad en el acto jurídico, de las que rigen la capacidad en el ámbito extrapatrimonial, de los derechos de la personalidad o de los fundamentales.¹⁶

No obstante lo señalado, nuestra legislación hace excepciones al reconocer plena capacidad a los relativamente incapaces en determinados casos puntuales como en el reconocimiento de un hijo o hija y en la redacción de un testamento (artículo 262 Código Civil).

En síntesis, el sistema de la voluntad sustituida está en abierta contradicción con la doctrina de la CDN que establece el principio de la autonomía progresiva que reconoce que los niños, niñas y adolescente son sujetos de derecho, con voluntad que les permite expresar intereses y deseos, de acuerdo con sus facultades, los cuales deben ser tomados en cuenta por sus padres o tutor o curador.

En cuanto a los menores adultos se les otorga mayor participación cuando se trata de derechos extrapatrimoniales, pero no en los patrimoniales. De lo que se infiere la necesidad de la sustitución de la doctrina clásica del régimen de la capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes por el de una capacidad progresiva.

2. AUTONOMÍA PROGRESIVA Y PATRIA POTESTAD

Existe una relación directa entre el principio de la autonomía progresiva y la patria potestad. Esta última prescribe que son los padres quienes tienen la potestad de decidir sobre los bienes de sus hijos o hijas menores de edad y de representarlos, haciendo alusión al an-

¹⁵ Silva Paula, “*La capacidad jurídica ...*”:133.

¹⁶ Barcia, Rodrigo “*La capacidad de los niños y adolescentes conforme ...*”:5

tiguo modelo que concebía al niño como objeto de protección. En este sentido, el régimen contradice lo que el principio de la autonomía progresiva sostiene en cuanto los adultos tienen que orientar a los niños, niñas y adolescentes para que sean ellos quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos. De esta forma, la representación legal por parte de los padres irá disminuyendo a medida que los menores vayan adquiriendo mayor autonomía, actuando en representación legal como la forma de protección especial de los niños, niñas y adolescentes que no cuentan con un grado de madurez o autonomía suficiente para ejercer por sí mismos sus derechos.¹⁷

Nuestra legislación, alejándose de lo prescrito en la mayoría de las legislaciones extranjeras, separa las relaciones jurídicas relativas a la persona de los hijos “autoridad paterna” de las relativas a los bienes y a su representación en el concepto de “patria potestad”. Su ámbito son los derechos patrimoniales y se ejerce sobre los hijos menores de 18 años y sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.¹⁸

La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se sub-inscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres (Código Civil artículo 244). Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo. Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad (artículo 245 Código Civil).

Asimismo, cuando la paternidad y la maternidad hayan sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre y de la madre, se nombrará tutor o curador al hijo. Lo mismo sucederá respecto del hijo cuyos padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad o cuya filiación no esté determinada legalmente ni respecto del padre ni respecto de la madre.¹⁹

¹⁷ Viola, “Autonomía progresiva...”:87.

¹⁸ Código Civil, artículo 243 “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

¹⁹ Código Civil artículo 248 “Se nombrará tutor o curador al hijo siempre que la paternidad y la maternidad hayan sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre y de la madre. Lo mismo sucederá respecto del hijo cuyos

La patria potestad otorga a los padres, o al padre o madre que la tenga, el derecho legal de goce o usufructo sobre los bienes y la administración de los bienes del hijo o hija y la representación legal de éstos.

El derecho legal de goce sobre los bienes del hijo o hija implica la administración de estos (artículo 253 Código Civil), con las limitaciones de que no se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces sin autorización judicial (artículo 254 Código Civil). La ley omitió establecer que tanto la enajenación como el gravamen de bienes raíces deben ser autorizados por el juez, debido al interés del hijo o hija y que, además, antes de otorgarse la autorización debe escucharse la opinión del hijo o hija dueño del inmueble, si tiene la edad y el grado de madurez para ello. La patria potestad va más allá del solo ejercicio de los poderes parentales sobre los bienes de los hijos, si los padres no se detienen a oírlos, creyéndose dueños de su voluntad, no podrán darse cuenta del real alcance de sus decisiones en el núcleo de la familia.²⁰

Con respecto a la representación, como ya se señaló, ésta será ejercida por el padre. Pero, siempre que el hijo o hija tenga que litigar como actor contra el padre o madre que ejerce la patria potestad le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla le dará un curador *ad litem*.²¹

Por su parte, el artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia señala que en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. Agrega dicha norma que el juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representantes legales o cuando por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda legalmente su representación. Añade la norma, en lo que interesa, que la persona así designada será curador *ad litem* del menor o incapaz, por el solo ministerio de la ley y su representación se extenderá en todas las actuaciones judiciales.

Una de las críticas y que comparto es aquella que se hace al nombramiento del curador *ad litem* por parte del juez; la ley no señala cuales deben ser los criterios que deben utilizar los jueces para elegir al curador y cuál es su rol, si actúa como abogado del menor representando

padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad o cuya filiación no esté determinada legalmente ni respecto del padre ni respecto de la madre”.

²⁰ Miguel Alarcón Cañuta, “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación” (Santiago, *Ars Boni et Aequi*, año 11 N°2):37.

²¹ Código Civil, artículo 263 “Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis.

su interés superior o como un profesional que representa los intereses manifiestos del niño, niña o adolescente y se ciñe a sus instrucciones.

De lo señalado podemos concluir que se hace necesario una modificación de la patria potestad que incorpore el principio de autonomía progresiva y que permita al niño, niña o adolescente manifestar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta cuando sea beneficiosa para éste, cuando se administre, enajene, grave sus bienes o cuando se actúe en representación de él.

III.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño es un principio fundamental considerado como el “principio rector de la Convención.”²² Está incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en el año 1990. Este principio consiste en dar pleno respeto a los derechos esenciales de los niños y adolescentes. Su finalidad “es proteger el desarrollo del menor y la plena satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”²³

El interés superior del niño, como derecho, principio general y regla de procedimiento, llama a analizar, con especial atención, las situaciones de hecho que rodean a los conflictos en que se involucran niños, niñas y adolescentes.

Este principio ha tenido una sostenida incorporación en nuestra legislación en los artículos 242 inciso 1²⁴, 222.1º, 225.3º, 229.3º, 234.3º, 240. 2º, 242.2º, 244. 3º, 245.2º, 268.2º, y 272.2º del Código Civil; Ley N° 19.620 que regula la adopción en los artículos 1º, 3º y 15. 3º. Ley de Matrimonio Civil, Ley N°19.947 artículo 3º, 27.2º, 55.2º, y 85.2º²⁵.

²² Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en *Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, editado por Emilio García Mendez y Mary Belof, (Bogotá: Temis- Depalma, 1998): 70.

²³ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia de 12 de abril de 2016, RolN°2867-2015, considerando decimosegundo.

²⁴ Este artículo sufrió una modificación con la Ley N° 20.680. Es el principio que irradia toda la ley. Por ello, se modifica el artículo 222 del Código Civil para iniciar el Título IX “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” señalando que *la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo*.

²⁵ Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, artículo 85, inciso 2º: “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”.

Por su parte, La Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, incorpora el principio en su artículo 2º:²⁶ La Ley N° 20.584, sobre Derechos y Deberes de los Pacientes, en su artículo 17. 3º y el Reglamento de esta ley, lo incorpora en el artículo 13.

Como puede apreciarse el interés superior del niño es un principio general del Derecho, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico que permea a todas las materias que se refieren a la niñez y adolescencia, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 3º de la CDN²⁷.

También incorpora este principio la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Dice su artículo 16 inciso 2º: el “interés superior del niño, niña o adolescente, es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. Esto mismo es reiterado en el artículo 30 inciso 2º, 19²⁸ y 22.

Como puede observarse la Ley que crea los Tribunales de Familia tiene por finalidad, entre otras cosas, dar absoluta protección al ejercicio y goce pleno de los derechos y garantías que posean los niños, niñas y adolescentes que se relacionen con la justicia de familia. Además, la norma establece un mandato para el juez en la dirección que éste siempre debe tener en consideración principal, al momento de decidir cuestiones de su competencia, el principio del interés superior del niño en la causa concreta que revise. Con ello, nuestra legislación contempla a este principio no solo en su ámbito material, sino también en su ámbito procedimental. Se constituye como un derecho para el o los menores involucrados el que su interés sea considerado de manera primordial en la decisión judicial.

Como señala el Tribunal Constitucional, el interés se traduce en que el juez debe considerar que los derechos, garantías, ventajas, utilidades del niño, niña o adolescente, que sean beneficiosos para él, deben prevalecer en caso de conflicto con otras situaciones dignas

²⁶ Ley N° 20.084, artículo 2º “En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el **interés superior** del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”.

²⁷ María Josefa Méndez Costa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, (Bogotá: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006): 313; Gonzalo Aguilar Carvallo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 6, N°1; (2008): 26; Andrés Gil Domínguez, *Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescente. Derecho Constitucional de familia* (Buenos Aires, EDIAR, 2012): 80; Cristián Lepin Molina, “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23, (2014):39; y Juan Andrés Orrego Acuña, *Temas de Derecho de Familia* (Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2007): 13; Ravetllat Ballesté, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30 N°2, (2012): 80.

²⁸ Ley N° 19.968, artículo 19: “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”.

de protección. Asimismo, significa que dichas variables deben ir en mejora del niño, niña y adolescente cada vez que deban decidir una situación que le afecte.

Como se observa la expresión “interés” no puede quedar reducida a una ventaja o utilidad, pues comprende también los derechos o garantías o cualquier aspecto variable que beneficie al menor. Y la superioridad está dada, por una parte, por la prevalencia de todo lo que sea conveniente o beneficioso para el niño, niña y adolescente, y por otra buscar la mejora progresiva en su situación.²⁹

Cuando el interés del menor entre en conflicto con el de otra persona, el juez o las personas responsables de la toma de decisiones deberán analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño, niña o adolescente sea una consideración primordial. Esto significa que los intereses del menor tienen la máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño

Aplicando lo anteriormente señalado, el interés superior del niño se concretiza, en materia de capacidad en el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niños, niñas y adolescentes puesto que lo más conveniente para ellos es el ejercicio de sus derechos y dentro de estos derechos está el ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en virtud de la evolución de sus facultades, frente al deber de los padres o demás responsables en su caso, de impartir orientación y apoyo para que el menor ejerza sus derechos, de acuerdo a su edad y grado de madurez.

IV.

DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO Y TOMADA EN CUENTA SU OPINIÓN

El derecho del niño, niña y adolescente a ser a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula y configura a partir del principio del interés del menor, entendido como la satisfacción integral de sus derechos pues no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle la oportunidad de ser oído. Es un principio establecido en la CDN, que consiste en la obligación de los Estados de garantizar a todo menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente, teniéndosela debidamente en cuenta, conforme a su edad y grado de madurez. Con tal fin

²⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia de 12 de abril de 2016, considerando decimosegundo.

se dará al menor la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (artículo 12).³⁰

Aplicar el derecho del niño a ser oído es un requisito esencial para determinar el interés superior del niño en el caso concreto. La Corte de Apelaciones de Santiago, citando un fallo de la Corte Suprema ha señalado que este derecho constituye un principio primordial “conforme al cual, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a expresar sus opiniones en los diferentes ámbitos de su vida. Si bien la obligación de oír al niño no es equiparable con aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante a analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que se adopte sea la más favorable a su respecto.”³¹

Por su parte, la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño ha considerado a este principio como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo y consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos³².

La Observación establece medidas que deben aplicarse para garantizar el cumplimiento del derecho del niño a ser escuchado y, condiciones básicas para su acatamiento. Asimismo, señala que el derecho del niño a ser escuchado está vinculado a los artículos: 2 (derecho a la no discriminación), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo), 13 (derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información) y 5 (evolución de las facultades del niño, niña y adolescente y dirección y orientación apropiadas de los padres) siendo además interdependiente con el interés superior del menor.

Analizando el artículo 12.1 de la CDN podemos señalar 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. Tiene derecho a manifestar de

³⁰ Convención de los Derechos del Niño, artículo 12 “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 22 de agosto de 2016, Rol 1128-2016, Considerando 5°, citando sentencia de Corte Suprema.

³² Comité de los Derechos del niño, Observación N° 12 *El derecho del niño a ser escuchado*, (2009) :5, párrafo 2).

manera libre sus deseos y sentimientos y que sean tenidos en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que le incumbe, vinculándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo señalado importa que deben ser considerados como sujetos de derecho y al estar en las condiciones que señala la disposición, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación y un diálogo con ellos.³³

El “derecho de expresar su opinión libremente” significa que el niño, niña y adolescente pueden expresar sus opiniones sin presión y pueden escoger si quieren o no ejercer su derecho a ser oído. “Libremente”, significa que el menor no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas.³⁴ Se sostiene que el derecho a opinar es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador que regulan expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, entendiéndose como un derecho de participación que debe ser interpretado en consonancia con el principio del interés superior del niño y de la autonomía progresiva.³⁵

Cuando se indica que es necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez” se hace referencia a la capacidad del menor, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones. No basta con escuchar al niño, niña y adolescente; las opiniones de éstos tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el menor sea capaz de formarse un juicio propio.³⁶

Constituye por una parte, una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, al regular expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, y, por otra, el derecho de participación de los niños que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo³⁷

Con respecto a la exigencia de la edad, esta constituye “un presupuesto subjetivo muy importante en la dinámica de las instituciones y situaciones del estado familiar, (...) como delimitadora de la eficacia y contenido de la relación paternofilial pues, durante la minoría

³³ Corte Suprema, Sentencia de 08 de abril de 2017, Rol N°1732-2017.

³⁴ Observación N° 12 *El derecho del niño a ser escuchado*” (10, párrafo 22).

³⁵ Corte Suprema, Sentencia de 08 de abril de 2017, Rol 1732-2017, Considerando 3°.

³⁶ Observación N° 12 *El derecho del niño a ser escuchado*”: 11, párrafo 28

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Rol 2215-2016, Considerando 5°.

del hijo o hija determina el funcionamiento de la patria potestad, sin que, naturalmente suponga la extinción del vínculo permanente de estado que consiste la filiación.”³⁸

Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los menores no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño, niña y adolescente para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones de ellos tienen que evaluarse mediante un examen caso a caso.³⁹

La “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomársela en consideración al determinar la capacidad de cada niño, niña y adolescente. La madurez es difícil de definir. En el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño o niña o adolescente para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el menor también deben tenerse en consideración. Cuanto mayor sean los efectos del resultado en la vida del menor, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.⁴⁰

A su vez, el párrafo 2 del artículo 12 prescribe que debe otorgarse al niño, niña, adolescente la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En relación a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una Opinión Consultiva, señaló que: “El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En la ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”⁴¹.

Con respecto a la legislación nacional, este principio ha sido incorporado en los artículos 242.2° del Código Civil, 85.2° y 3° Ley de Matrimonio Civil, 69.1° LTF. Cabe señalar

³⁸ Enrique Ramos Chaparro, “Niños y jóvenes en el derecho civil constitucional” *Derecho Privado y Constitución* N°7 (septiembre-diciembre 1995):187.

³⁹ Observación N°12 *El derecho del niño a ser escuchado*:11, párrafo 30.

⁴⁰ Observación N°12 *El derecho del niño a ser escuchado*:11, párrafo 30.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva 17/2002”, (28 de agosto de 2002): párr. 102.

que el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia⁴² es considerado como principio informador del contencioso familiar⁴³

La aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta se entronca con el derecho al debido proceso. Uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída, comprendiendo en éste la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso e intervenir en todos los asuntos que les afecten, formular alegaciones y presentar pruebas y, en general, estar protegido en contra de cualquier indefensión⁴⁴. En consecuencia, el juez en la sentencia debe señalar cuál es la opinión del menor, fundamentando si dicha opinión fue o no tomada en cuenta. Una resolución judicial contraria a la opinión del niño o niña o adolescente deberá señalar las razones por la que resulta perjudicial para sus derechos, circunstancias que deben acreditarse mediante prueba rendida en la causa⁴⁵

En caso de que no se escuche al niño, niña o adolescente la sentencia es anulable, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema.⁴⁶

La actitud del juez ante el cual se presenta un menor “es desentrañar su verdadera voluntad, interés y conveniencia. Lo que el juez oiga de él será un elemento fundante de su decisión, pero no su decisión misma. Su necesidad subjetiva debe ser confrontada con la necesidad objetiva, ya que finalmente resolverá teniendo en cuenta el interés superior”.⁴⁷

El artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia establece que 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. El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa,

⁴² Ley de Tribunales de Familia, artículo 16 “El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”

⁴³ “Esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a ser oído, son principios basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de manera privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”

⁴⁴ Jaime Couso, “El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho de ser oído” *Revista de Derechos del Niño* N° 3-4, Santiago, Universidad Diego Portales y UNICEF; (2006): 158-159; Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, *Revista Ius Parxis*, Año 17, N°1 (2011):185; Susana Espada Marroquín, “La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015” en *Revista Chilena de Derecho Privado* N°25, (2015):264-

⁴⁵ En esta misma línea es la conclusión a que se llegó en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR.

⁴⁶ Corte Suprema, Sentencias de 26 de febrero de 2014, ROL N°12057-2013 y de 26 de septiembre de 2016, ROL N°38322-2016.

⁴⁷ Espada Mallorquín, Susana, “La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído....”:262.

promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz.

En consecuencia, en aquellos casos en que los menores requieren de defensa, es obligación de los tribunales implementar de manera concreta la garantía del debido proceso, designando, un curador *ad litem* en su representación, con anterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria. Jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que “el derecho del niño a ser oído debe también extenderse a asegurar su debida defensa, siendo obligación del órgano jurisdiccional afianzar de manera concreta y práctica su garantía procesal del debido proceso, mediante la plenitud del contradictorio, la igualdad de armas y la adecuada representación de sus intereses, por lo cual, es necesario que los jueces designen –con anterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria–, a un curador *ad litem* en su representación, para que, premunido de los antecedentes pertinentes, pudiera defender debidamente sus derechos, previa consideración de su opinión manifestada en un ambiente libre e imparcial”⁴⁸.

Con respecto al nombramiento del curador *ad litem* surgen varias dudas, en relación, a cuáles deben ser los requisitos que éste debe cumplir para ser nombrado y con que criterio el juez los nombra y cuál es el rol que deben cumplir. La ley, solo exige ser un abogado perteneciente a una Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de la niñez y adolescencia. El trabajar en alguna de estas instituciones no hace per se al abogado tener empatía y habilidades blandas para: relacionarse con los niños-los cuáles muchas veces están en extrema vulnerabilidad- lograr que el menor se sincere con él y pueda conocer cuáles son sus deseos, miedos y sentimientos.

Tampoco, la ley señala cuál es el rol que debe tener el curador *ad litem*, si representa el interés superior del niño de acuerdo a lo que él cree que es lo mejor para el menor o si representa los intereses de éste, siguiendo sus deseos siempre que sean convenientes para él.

En una investigación sobre la voz de los niños en la justicia de familia, realizada por las investigadoras Macarena Vargas y Paula Correa, se señala que “se pudo detectar que la figura del curador *ad litem* creada por la Ley 19.968 opera -aunque con bajísima incidencia- como mecanismo de recuperación de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derecho. Sin embargo, no pudimos detectar los criterios que utilizan los jueces para su

⁴⁸ Corte Suprema, Sentencia de 26 de septiembre de 2016, ROL N° 38322-2016, considerando 7°

designación, pues no consta en audios ni actas de audiencias las razones para ello. En general, los jueces y consejeros entrevistados consideran que se trata de profesionales con vocación, pero por limitaciones institucionales y de tiempo no cumplirían adecuadamente su rol.⁴⁹

Los propios curadores advierten algunas dificultades para desempeñar su función, como por ejemplo, en el acceso a los niños o en algunos aspectos prácticos para desarrollar su labor. Todos los curadores entrevistados manifestaron que tratan de reunirse privadamente (y más de una vez) con los niños que van a representar, sin embargo, relatan que esto no es siempre posible. Ello, porque son los padres o adultos significativos quienes deben facilitar el contacto y muchas veces lo obstaculizan o derechamente lo niegan.⁵⁰ Además, algunos adultecen dificultades prácticas, como problemas de distancia y tiempo para encontrarse con los niños en forma previa. Indican que si no es posible entrevistar a los niños con anticipación lo hacen en la audiencia.

Los curadores agregan que, pese a todo, los niños se sienten respaldados (“tengo mi abogado”).

Concluyen las autoras que si bien esta figura tiene un interesante potencial pareciera estar desaprovechado por problemas institucionales.

Dado que la ley no entrega pistas acerca del modelo adoptado -si se trata de un guardian *ad litem*, de un abogado que representa el interés superior del niño o de un abogado del niño-, existe amplio margen de acción que permitiría explorar la aplicación de un modelo de defensa jurídica y de representación especial de los niños, otorgándoles mayores grados de participación en las distintas etapas del proceso.⁵¹

En síntesis, podemos señalar que existe una necesidad de modificar la ley estableciendo claramente requisitos para ser nombrado curador *ad litem* y cuál es la función de éste. Soy de la opinión que el curador *ad litem* actúe como abogado del niño, niña o adolescente, que los represente con la obligación de entrevistarse con los niños o adolescentes varias veces (como hacen los defensores en materia penal), para conocer cuáles son sus sentimientos, intereses y deseos y que ellos puedan participar en las distintas etapas del juicio.

⁴⁹ Macarena Vargas y Paula Correa, “La voz de los niños”: 193; Jueza de Familia: “A ver, yo creo que el problema del curador *ad litem*, es una buena figura, el tema es que la Corporación de Asistencia Judicial no tiene experiencia en el curador *ad litem*, en el defensor del niño, entonces hemos encontrado buenos curadores, hemos encontrado curadores más o menos...”

⁵⁰ Vargas, Macarena y Correa, Paula “La voz de los niños..”: 193 Curadora *ad litem*: “En definitiva, va a quedar sujeto a la voluntad de la mamá o del papá”.

⁵¹ Vargas, Macarena y Correa, Paula “La voz de los niños..”: 193.

V.

CONCLUSIONES

Que el niño sea sujeto de derecho significa que ejercerá sus derechos y deberes de acuerdo a su edad y grado de madurez. Tres principios lo concretizan: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta.

El ejercicio progresivo, de acuerdo con la evolución de sus facultades, implica que los niños van adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos y deberes a medida que se van desarrollando como personas. No se establece una edad fija a partir de la cual los menores ejerzan sus derechos, sino que se evalúa el desarrollo del niño para ejercitarlos. Este desarrollo está estrechamente relacionado con los procesos de maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre como dichos derechos pueden materializarse mejor.

A los padres o persona que está a cargo del menor le corresponde dirigir y orientarlo para que pueda ejercer sus derechos y deberes, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que otorgan al niño, niña y adolescente. Estos ajustes deben tener en cuenta los intereses y deseos del menor, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior.

Este ejercicio de derechos presenta contradicciones con la doctrina clásica que contiene el Código Civil que ordena las reglas que determinan la capacidad en el acto jurídico, centrándose en la capacidad de ejercicio, por cuanto a toda persona se le concede capacidad de goce. Está en abierta contraposición con la doctrina de la CDN que reconoce que los niños, niñas y adolescente son sujetos de derecho, con voluntad y capacidad, lo que les permite expresar intereses y deseos, atendiendo a sus facultades, los cuales deben ser tomados en cuenta por sus padres o tutor o curador. Con relación a los menores adultos, se les otorga mayor participación cuando se trata de derechos extrapatrimoniales, pero no en los patrimoniales. De lo que se infiere la necesidad de la sustitución en el Código Civil de la doctrina clásica del régimen de la capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes por el de la capacidad progresiva.

Por su parte, el régimen de la patria potestad requiere de una modificación que incorpore el principio de autonomía progresiva y que permita al niño, niña o adolescente mani-

festar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta cuando sea beneficiosa para él, cuando se administre, enajene, grave sus bienes o cuando se actúe en representación de él.

El interés superior del niño se concretiza, en materia de capacidad en el ejercicio progresivo de sus derechos y dentro de éstos está el ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en virtud de la evolución de sus facultades.

El derecho de expresar su opinión libremente significa que el menor puede expresar sus opiniones sin presión y pueden escoger si quiere o no ejerce su derecho a ser oído. La exigencia de la edad constituye un presupuesto subjetivo que va a variar de niño a niño. Los niveles de comprensión de los menores no van ligados de manera uniforme con la edad biológica.

En el contexto del artículo 12 de la CDN, la madurez es la capacidad de un niño, niña o adolescente de expresar sus opiniones sobre las cuestiones de manera razonable e independiente, sea en la vida común o en un procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, sea directamente o por medio de un representante.

El derecho a que su opinión sea tomada en cuenta se entronca con el derecho al debido proceso, donde uno de los elementos esenciales lo constituye el derecho a la defensa, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída, comprendiendo en éste la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso e intervenir en todos los asuntos que le afecten, por lo que el juez en la sentencia debe señalar cuál es la opinión del menor, fundamentando si dicha opinión fue acogida o no.

En aquellos casos en que los menores requieren de defensa, es obligación de los tribunales designar un curador *ad litem* en su representación, con anterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria.

Con el nombramiento del curador *ad litem* surgen varias dudas en relación con cuáles deben ser los requisitos que éste debe cumplir para ser nombrado y con que criterio el juez los nombra y cuál es el rol que deben cumplir: si representa el interés superior del niño de acuerdo con lo que él cree que es lo mejor para el menor o si representa los intereses de éste, siguiendo sus deseos siempre que sean convenientes para él.

Se requiere de una modificación legal que establezca los requisitos que debe cumplir el curador *ad litem* y que actúe como abogado del niño, niña o adolescente y que los represente con la obligación de entrevistarse con los niños o adolescentes varias veces, para conocer cuáles son sus sentimientos, intereses y deseos y que ellos puedan participar en las distintas etapas del juicio.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Carvallo, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Universidad de Talca, *Estudios Constitucionales*, año 6, N°1 (2008): 223-247.
- Alarcón Cañuta, Miguel “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación” en Universidad Bernardo O’Higgins, *Ars Boni et Aequi*, año 11 N°2 (2015): 11-47.
- Barcia Lehmann, Rodrigo “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforma a sus condiciones de madurez”, en Universidad de Talca, *Revista Ius et Praxis* Año 19 N°2 (2013):3-52.
- Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en *Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, editado por Emilio García Mendez y Mary Belof, Bogotá, Temis-Depalma (1998):69-84.
- Couso, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho de ser oído”, en *Revista de Derechos del Niño* N°s 3,4, Santiago, Universidad Diego Portales y UNICEF (2006):145-166.
- Delle Vedove, María Julia, “La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente” en *Nuestra Joven Revista Jurídica, III (I- Serie I)*, Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho (2010):1-12.
- Espada Mallorquín, Susana, “La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015” en *Revista Chilena de Derecho Privado* N°25 (2015):257-268.
- Gil Domínguez, Andrés, “Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescente. Derecho Constitucional de familia”, EDIAR, Buenos Aires, 2012.
- Léon Hurtado. Avelino “*La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*”, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- Lepin Molina, Cristián, “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23 (2014):27-45
- Lyon Puelma, Alberto “*Personas naturales*”, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3ª edición actualizada, 2007.

- Méndez Costa, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Bogotá, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Orrego Acuña, Juan Andrés, *Temas de Derecho de Familia*, Santiago Chile: Editorial Metropolitana, 2007.
- Ramos Chaparro, Enrique “Niños y jóvenes en el derecho civil constitucional” en *Revista de Derecho Privado y Constitución* N°7 (septiembre-diciembre 1995):167-229.
- Ravetlat Ballesté, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30 N°2 (2012): 113-134.
- Silva Barroilhet, Paula, “*La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual*”, Santiago-Chile, Editorial Thomson Reuters, 2017.
- Vargas Pavez, Macarena y Correa Camus, Paula “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, en *Revista Ius Praxis*, Año 17, N°1 (2011): 177-203.
- Viola, Sabrina “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, en *Cuestión de Derechos*, Revista electrónica N°3 (2012):82-99.

Instrumentos internacionales de derechos humanos

- Comité de los Derechos del niño, Observación N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado” (2009).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva n°17, (2002).
- Naciones Unidas, Convención Internacional de los Derechos del Niño, entró en vigor por Decreto N°830. Publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.
- Observación General N°7. Realización de los Derechos del Niño en la primera Infancia”, *Centro de Investigación Innocenti* (2005).

Jurisprudencia chilena

- Corte de Apelaciones de la Serena, Sentencia de 11 de junio de 2010, Rol N°722-2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 22 de agosto de 2016, Rol 1128-2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Rol 2215-2016,
- Corte Suprema, Sentencia de 08 de abril de 2017, Rol N°1732-2017
- Corte Suprema, Sentencia de 26 de septiembre de 2016, ROL N° 38322-2016.
- Corte Suprema, Sentencias de 26 de febrero de 2014, ROL N°12057-2013
- Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia de 12 de abril de 2016, Rol N°2867-2015,

Para citar este artículo: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho. UcuDal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 117-137.
