

LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 2022

*José Maximiliano Rivera Restrepo**

RESUMEN

Se trata, en esta breve investigación, de revisar críticamente el texto propuesto por la Convención Constitucional, como Constitución Política de la República de 2022, en lo que se refiere a la incorporación, en dos de sus disposiciones, del concepto de “autonomía progresiva”. Para ello se analizará dicho concepto, en el derecho chileno y español, estableciendo con precisión su radio de competencia. Asimismo, se incorporarán algunas sentencias nacionales que lo han utilizado para justificar sus decisiones. Finalmente, se trata de revisar críticamente en qué medida es relevante la incorporación de la autonomía progresiva en la Propuesta de Constitución Política de la República de 2022.

Palabras claves: Constitución Política, autonomía progresiva, infancia, interés superior del menor.

1. PRESENTACIÓN

Es indudable que los menores, sean niños, niñas o adolescentes, requieren de una protección especial por parte del ordenamiento jurídico para lograr su bienestar y desarrollo de su personalidad, de manera libre y armoniosa¹. Así, la Convención de los Derechos del Niño significó un notable avance en el reconocimiento del niño, niña o adolescente como sujeto de derechos². En este sentido, el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño establece que: “(...) 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de 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

* Doctor en Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Civil. Universidad San Sebastián. jose.rivera@uss.cl

¹ Confróntese: Campos, 2009, p. 352; Rivera y Huerta, 2022, p. 8.

² Confróntese: Gómez de la Torre, 2018, p. 118; Viola, 2012, p. 82.

condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. **2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares**³. Por su parte, el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño dispone lo siguiente: “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**”⁴.

Aun cuando la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) no emplea la frase “autonomía progresiva”, es posible indicar que la reconoce en su artículo 5, que dispone lo siguiente: “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**”⁵.

A nivel legal, si bien el Código Civil no emplea –al igual que la CDN–, la frase “autonomía progresiva”, a diferencia de la noción de “interés superior” (en los artículos 222, 225, 225-2, 226, 229 y 242)⁶. Aun cuando, como se revisará más adelante, existen varios cuerpos normativos (legales y reglamentarios) que han incorporado la noción de “autonomía progresiva”. Por tanto, el primer apunte que merece la incorporación de dicho concepto en el Proyecto de Constitución Política, resulta interesante.

En definitiva, se trata de revisar sucintamente el concepto de “autonomía progresiva” y sus implicancias en el derecho de familia y de la infancia. Asimismo, se pretende identificar las materias específicas en que tendría incidencia el reconocimiento constitucional de la noción de autonomía progresiva. Para ello se revisará el concepto de la misma, en la doctrina nacional y española, como asimismo en la jurisprudencia, también desde el punto de vista comparado. Luego, tratar de construir una nómina –no taxativa– de materias en las que podría interactuar la autonomía progresiva, toda vez que en nuestro sistema jurídico no existe una “falta sistémica en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación con claro y nítido enfoque de derechos de la niñez”⁷.

Se debe adelantar que, la inclusión de la “autonomía progresiva”, se produce en dos normas del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 (artículos 26 N° 2 y 41 N° 2). El artículo 26 N°s 1 y 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de

³ Las negrillas son mías.

⁴ Las negrillas son mías.

Al respecto, véase: Alarcón, 2015, p. 48; Céspedes, 2012, p. 262; Espada, 2015, p. 48.

⁵ Las negrillas y el subrayado son míos.

⁶ La Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, de 5 de octubre de 1962, recepciona la noción de “interés superior” en sus artículos 7 y 12.

⁷ Confróntese: Ravetllat, 2020, p. 294.

2022 dispone que: “Artículo 26. 1. Niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile. 2. **El Estado tiene el deber prioritario de promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, resguardando su interés superior, su autonomía progresiva**, su desarrollo integral y su derecho a ser escuchados y a participar e influir en todos los asuntos que les afecten, en el grado que corresponda a su nivel de desarrollo en la vida familiar, comunitaria y social”⁸. Esto es, el Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 incorpora las nociones de “interés superior” (del menor) y “autonomía progresiva”. Por su parte, el artículo 41 N° 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 establece que: “Artículo 41. (...) 2. Esta (el numeral 1 se refiere a la libertad de enseñanza y al deber del Estado de respetarla) comprende la libertad de madres, padres, apoderadas, apoderados y tutores legales a elegir el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y **la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes** (...)”⁹.

En definitiva, interesa establecer en qué aspectos específicos del derecho de familia y de la infancia pudieran influir estas normas, en caso de ser aprobada la Propuesta de Constitución Política de la República de 2022 presentada el pasado 4 de julio, así como la importancia del reconocimiento de esta noción en la Carta Fundamental.

2. CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA

Se entiende por “autonomía o capacidad progresiva”¹⁰, aquel principio rector de las relaciones jurídicas en que se encuentre involucrada una persona incapaz, particularmente un niño, niña o adolescente, que supone la autodeterminación del menor para ejecutar o celebrar por sí mismo, actos y negocios jurídicos o emitir su voluntad con consecuencias jurídicas, de acuerdo con su grado de madurez y facultades¹¹. En este mismo sentido, conviene citar lo dispuesto en el artículo 5, letra f) de la Ley N° 21.331, sobre reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, de 10 de diciembre de 2018, que define al principio de autonomía progresiva en los siguientes términos: “Principios relativos al derecho a la identidad de género. El derecho

⁸ Las negrillas son mías.

⁹ Las negrillas son mías.

¹⁰ Confróntese: Ávila, 2019, p. 10.

¹¹ En este sentido, véase: Barcia, 2018, pp. 469-512; Estrada, 2015, pp. 168 y ss.; Fernández, 2017, pp. 171 ss.; Ferrero y De Andrea, 2020, pp. 431-439; Nieto, 2020, pp. 91-117; Ochoa, 2019, pp. 125-137; Parra y Ravetllat, 2020, p. 222; Ravetllat, 2018, p. 422; Vargas y Correa, 2011, p. 181; Venegas, 2010, pp. 35 y ss.

En este sentido, Montejo señala que “El concepto de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes es elemento clave para comprender la necesidad de una mayor precisión sobre el carácter transitorio y relativo –solo por un tiempo, solo para algunas actuaciones– de la ‘incapacidad de ejercicio’ de la infancia”. Montejo, 2021, p. 142.

Al respecto, véase: Pérez de la Plaza, 2003, p. 40.

a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios: **f. Principio de la autonomía progresiva: todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez**¹². Por su parte, Couso señala que “El principio de autonomía progresiva de los niños, asociado a esta facultad de aparecer en ciertos casos ‘renunciando’ a sus derechos, ejerciéndolos (solo) cuando y como quiera, se traduce en conferirles progresivamente cada vez un mayor protagonismo en la definición de sus vidas conforme a sus preferencias”¹³.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional ROL N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021, establece que: “Séptimo. Este derecho preferente a educar a sus hijos y conducirlos progresivamente en su camino hacia la adultez se ve relativizado al punto de afectar su esencia (artículo 19, N° 26°). Se constata en el Proyecto una juridificación de las relaciones de una madre y/o padre con sus hijos. Hay un cambio de orientación. La educación parece, equivocadamente, concebirse bajo una óptica de derechos y prestaciones jurídicamente exigibles. **Nadie discute que, a veces, lamentablemente, debe recurrirse a la justicia para velar por la protección de los niños.** Sin embargo, bajo la justificación de estar velando por el interés superior del niño se avanza (con sutileza solo en apariencia) hacia la sustitución del rol tutelar de los padres por el del Estado a través del otorgamiento de derechos a hijos menores de edad susceptibles de ser invocados como límites a la autoridad de su madre o padre. El hermoso deber de los padres de familia de educar a sus hijos está siendo reducido, por medio de la juridificación estatal de la vinculación filial, **a un inferior deber de respeto a una cierta interpretación de autonomía progresiva dictada por terceros** (el Estado en sus distintas facetas). Por esta vía se ve incrementado no solo el poder de los tribunales de justicia (Estado en su faz judicial), sino también la mano cada vez más visible del aparato administrativo del Estado (...)”¹⁴.

Por su parte, la Sentencia de la Corte Suprema ROL N° 30.526-2020, de 27 de octubre de 2020, dispone lo siguiente: “Primero: Que la ponderación conjunta de los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil, sobre la base de los hechos previamente establecidos en la sentencia impugnada, permite concluir que si bien ambos progenitores son aptos para la crianza de sus hijos, A., ha manifestado en diversas oportunidades durante el transcurso del proceso, su interés de permanecer bajo el cuidado de su padre, antecedente relevante atendido el derecho de toda adolescente de ser oída y **del principio de autonomía progresiva**, pues, a sus 14 años de edad, es inconcu-so que ya goza de cierto nivel de autonomía y de capacidad para opinar respecto de aquellos asuntos que le 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, contando con un criterio formado, entendiendo plenamente las consecuencias de cambiar de lugar de

¹² Las negrillas y el subrayado son míos.

¹³ Couso, 2006, p. 151.

¹⁴ Lo ennegrecido es mío.

residencia, desarrollando argumentos para ello a partir de su propia experiencia de vida, lo que obliga a considerar su parecer para efectos de configurar su interés superior. Segundo: Que, por lo anterior, tomando especialmente en consideración los dichos de A. en las evaluaciones periciales y audiencias reservadas, unido al principio de autonomía progresiva, procede que su cuidado personal lo ejerza el padre, ya que lo anterior permite garantizar su interés superior, atendido que con él se encuentra en un ambiente protegido, con arraigo familiar, debiendo, por tanto, permanecer el régimen de relación directa y regular con el progenitor no custodio, fijado por la sentencia de mérito, que permita mantener la cercanía y afectividad que en la actualidad han desarrollado (...)”¹⁵.

Por su parte, la Sentencia de la Corte Suprema ROL N° 94.770-2020, de 21 de febrero de 2022, establece que: “Sexto: Que asimismo, no es posible obviar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 de la Convención de Derechos del Niño, 222 del Código Civil y 16 de la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia, la judicatura deberá llevar el proceso con plena consideración del bienestar integral del niño, de tal manera que se favorezca la tutela concreta de sus derechos y con pleno respeto a sus garantías y derechos procesales. Al efecto, resulta gravoso que el tribunal de primera instancia y el de segunda al confirmar la sentencia impugnada, no hayan tomado en consideración la opinión del niño, habida atención de su edad actual y **el principio de autonomía progresiva**. Al no hacerlo, el fallo vulneró lo dispuesto en los artículos 2, 3 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, lo que también lleva a su invalidación (...)”¹⁶.

La Sentencia de la Corte Suprema ROL N° 9.433-2020, de 12 de abril de 2021, dispone que: “(...) Sin embargo, la doctrina reconoce una diferencia cuando la víctima del delito de violación es un menor de edad. ‘Así, cuando son menores de catorce años se entiende que no pueden participar en ningún contexto de interacción sexual, por lo que como resulta evidente, la libertad sexual no se expresa en la misma forma que en los adultos. En la medida que gran parte de los contactos con el o la menor resultan criminalizados, su libertad sexual parece verse limitada. Sin embargo, **el Código Penal reconoce algún grado de autonomía progresiva** (...) Así, algunos han afirmado que en el caso de los menores de catorce años lo que hay, en realidad, es una protección de la intangibilidad sexual, esto es, de su exclusión de cualquier forma de contacto sexual’ (...)”¹⁷.

¹⁵ Lo ennegrecido es mío.

¹⁶ Lo ennegrecido es mío.

¹⁷ Lo ennegrecido es mío.

En este mismo sentido, véanse: Sentencia de la Corte Suprema de 14 de mayo de 2018, ROL N° 39.739-2017; Sentencia de la Corte Suprema de 8 de agosto de 2019, ROL N° 8.663-2018; Sentencia de la Corte Suprema de 21 de febrero de 2022, ROL N° 94.770-2020; Sentencia de la Corte Suprema de 26 de mayo de 2020, ROL N° 21.293-2019; Sentencia de la Corte Suprema de 27 de octubre de 2020, ROL N° 30.526-2020; Sentencia de la Corte Suprema de 21 de diciembre de 2020, ROL N° 76.403-2020; Sentencia de la Corte Suprema de 18 de junio de 2020, ROL N° 22.992-2019; Sentencia de la Corte Suprema de 26 de mayo de 2020, ROL N° 24.265-2019; Sentencia de la Corte Suprema de 11 de marzo de 2019, ROL N° 4.528-2019; Sentencia de la Corte Suprema de 7 de agosto de 2019, ROL N° 16.324-2018; Sentencia de la Corte Suprema de 11 de julio de 2019, ROL N° 4.827-2017; Sentencia de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2018, ROL N° 39.739-2017; Sentencia de la Corte Suprema

La autonomía progresiva exige la concurrencia de algunos elementos: (i) que una persona sea incapaz para ejecutar válidamente actos y actuaciones con consecuencias jurídicas con, a lo menos, un desempeño mínimamente eficaz, incluso pudiendo realizar actos que menoscaben sus derechos, intereses o persona misma; (ii) que la solución tomada tenga por finalidad mejorar las condiciones de vida de la persona incapaz, de acuerdo con libertad y autonomía; y (iii) que la medida aplicada se haya fijado teniendo presente la opinión e intereses de la persona incapaz (del menor)¹⁸. Así, la intervención estatal debe transformarse en un remedio de carácter excepcional¹⁹.

La autonomía progresiva adquiere relevancia cuando interactúa con otro derecho, por ejemplo, con el derecho del menor a ser oído o la libertad de expresión de los menores.

Fue el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño –como se vio–, el que incluyó el concepto de autonomía progresiva, en los siguientes términos: “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**”²⁰.

La noción de autonomía progresiva se deduce del artículo 5 de la CDN, ya citado, al indicar que “(...) **en consonancia con la evolución de sus facultades** (...)”²¹, y también del artículo 12 CDN, que dispone: “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

de 18 de abril de 2017, ROL Nº 70.610-2016; Sentencia de la Corte Suprema de 4 de octubre de 2016, ROL Nº 35.252-2016.

Asimismo, véanse: Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 2021, ROL Nº 11.820-2021; Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2021, ROL Nº 9.433-2020; Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2018, ROL Nº 5.385-2018.

¹⁸ Confróntese: Couso, 2006, pp. 152-153 y 154.

¹⁹ En este sentido, Gauché y Lovera expresan que “El enfoque patologizante de la identidad de género, en efecto, va de la mano con un acercamiento descuidado al ejercicio de derechos constitucionales de autonomía (o de la personalidad). En efecto, los derechos de autonomía representan una protección jurídicamente demandable de esferas de auto-determinación que pueden tener (como las expresiones de género) como no tener (como la identidad de género) una manifestación fenomenológica. Antes bien, se trata de derechos que buscan ‘habilitar a las personas a tomar control de sus vidas’ (hay nota al pie de página). Por eso es que se ha dicho, acertadamente, que, respecto de los derechos de autonomía como autodeterminación, le está vedado al Estado ‘que intervenga... basándose en que la decisión es adoptada por el sujeto es inaceptable, moralmente autodegradante o contraria a determinados ideales de virtud, excelencia o de salvación’ (hay nota al pie de página)”. Gauché y Lovera Parmo, 2019, p. 373.

Al respecto, véase también: Olivares, 2021, p. 191.

²⁰ Las negrillas son mías.

Confróntese: Roello, 2012, p. 59.

²¹ Confróntese: Couso, 2006, p. 150; Zapico, 2020, p. 160.

Las negrillas son mías.

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”²².

A nivel legal, en nuestro Derecho, el artículo 7 de la Ley N° 21.430, de 15 de marzo de 2022, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, define a la autonomía progresiva en los siguientes términos: “Interés superior del niño, niña o adolescente. **El interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta.** Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado. Conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente. Los procedimientos se guiarán por garantías procesales para asegurar la correcta aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente, que exige procedimientos transparentes y objetivos que concluyan en decisiones fundamentadas con los elementos considerados para efectivizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados. Para su determinación, se deberán considerar las circunstancias específicas de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes como: a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad. b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla. c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente. d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente. e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico. **f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.** g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos. h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente considerando su entorno de vida. i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro”²³.

²² Las negrillas son mías.

²³ Las negrillas son mías.

Por su parte, el artículo 4, inciso 3 de la Ley N° 21.430, también se refiere a la autonomía progresiva en los siguientes términos: “Son también principios rectores de la acción del Servicio, sea que ejerza su función directamente o por medio de terceros, el interés superior del niño, niña o adolescente, la igualdad y no discriminación arbitraria, **la autonomía progresiva**, la perspectiva de género, la inclusión, la protección social y la participación efectiva que se manifestará, entre otras formas, a través del derecho a ser oídos, la libertad de expresión e información, y el derecho de reunión y asociación”²⁴.

Asimismo, el artículo 18, inciso 1 de la Ley N° 21.430, dispone que: “Participación Social. Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a participar plenamente en la vida social, familiar, escolar, científica, cultural, artística, deportiva o recreacional, entre otros, de su entorno, cuando ello sea posible de acuerdo a su **autonomía progresiva**”²⁵.

Por último, el artículo 49, inciso 1 de la Ley N° 21.430, establece lo siguiente: “Libertad personal y ambulatoria. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ejercer su libertad personal y **su autonomía según lo permita su edad, madurez y grado de desarrollo**. Conforme a los mismos criterios, los adolescentes tienen derecho a transitar libremente por el territorio nacional, salvo las restricciones legalmente establecidas. Sus padres y/o madres, sus representantes legales o quienes los tuvieren bajo su cuidado les otorgarán la debida guía y orientación”²⁶.

El artículo 5, letra f) de la Ley N° 21.331, sobre reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, de 10 de diciembre de 2018, antes citado, establece que: “Principios relativos al derecho a la identidad de género. El derecho a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios: **f. Principio de la autonomía progresiva: todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez**”²⁷.

Asimismo, el artículo 3, letra f) de la Ley N° 21.331, sobre reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, de 11 de mayo de 2021, establece que: “La aplicación de la presente ley se regirá por los siguientes principios: (...) f. El respeto al desarrollo de las facultades de niños, niñas y adolescentes, y **su derecho a la autonomía progresiva y a preservar y desarrollar su identidad**”²⁸. Asimismo, el artículo 9 N° 6 de esta ley dispone que “La persona con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual es titular de los derechos que garantiza la Constitución Política de la República. En especial, esta ley le asegura los siguientes derechos: (...) 6. A que se reconozcan y garanticen sus derechos sexuales y reproductivos, **a ejercerlos dentro del ámbito de su autonomía**, a que le sean garantizadas condiciones de accesibilidad y a recibir apoyo y orientación para su ejercicio, sin discriminación en atención a su

²⁴ Las negrillas son mías.

²⁵ Las negrillas son mías.

²⁶ Las negrillas son mías.

²⁷ Las negrillas son mías.

²⁸ Las negrillas son mías.

Lo ennegrecido corresponde al inciso primero de esta norma.

condición”²⁹. El artículo 19 de esta ley agrega que: “Con el fin de garantizar los derechos humanos de las personas con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual, los integrantes profesionales y no profesionales del equipo de salud serán responsables de informar a la Secretaría Regional Ministerial de Salud y a la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales sobre cualquier sospecha de irregularidad que implique un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o una limitación indebida de su **autonomía**. El funcionario podrá actuar bajo reserva de identidad y no se considerará que ha incurrido en violación del secreto profesional. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no releva al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persiste”³⁰.

El artículo 11 de la Ley N° 21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, de 5 de enero de 2021, establece que: “**Autonomía progresiva. 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.** Durante su proceso de crecimiento los niños, niñas y adolescentes van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras, junto con un aumento paulatino de su capacidad de responsabilización y toma de decisión respecto de aspectos que afectan su vida. El desarrollo y profundización de capacidades que favorecen la autonomía de los niños, niñas y adolescentes se ve afectado, no sólo por la edad, sino también por aspectos culturales y por las experiencias individuales y colectivas que configuran su trayectoria de vida. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protagonistas activos de sus vidas, y para ello requieren **experimentar el balance permanente entre la autonomía para**

²⁹ Las negrillas son mías.

³⁰ Las negrillas son mías.

Respecto de esta norma, el N° 15 Circular N° 6 del Ministerio de Salud, que instruye sobre hospitalización involuntaria de personas afectadas por enfermedades mentales dejando sin efecto circular que indica, de 29 de diciembre de 2021, dispone lo siguiente: “(...) 15. Casos de Niños, Niñas y Adolescentes. La ley N° 21.331 incorpora el reconocimiento de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes (NNA) en su artículo 3 literal f) señalando: ‘El respeto al desarrollo de las facultades de niños, niñas y adolescentes, y su derecho a la autonomía progresiva’ y ‘a preservar y desarrollar su identidad’. Igualmente, introduce una modificación al inciso primero del artículo 10 de la ley N° 20.584 disponiendo que: ‘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’. Sin embargo, señala explícitamente que esta definición es ‘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’. Es decir, respecto de la hospitalización psiquiátrica se debe compatibilizar la facultad de los padres o del representante legal para consentir respecto de la realización de la prestación, pero preservando siempre el derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a pronunciarse sobre sus preferencias y a optar entre alternativas terapéuticas tomando en consideración la situación y el desarrollo del NNA (...)”.

el ejercicio de sus derechos y la necesidad simultánea de recibir protección. Los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado, deberán prestarles orientación y dirección en el ejercicio de sus derechos. Es deber del Estado respetar, promover y proteger el ejercicio de este derecho. Con el objeto de pedir información, asesoramiento, orientación o asistencia, pueden dirigirse personalmente, **siempre atendiendo a su edad y estado de madurez**, a los órganos de la Administración del Estado, a las Oficinas Locales de la Niñez, al Ministerio Público o a la Defensoría de los Derechos de la Niñez³¹.

El artículo 6 del Decreto N° 3, de 29 de agosto de 2019 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que aprueba el Reglamento del artículo 26, inciso primero de la ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, dispone lo siguiente: “Principios que rigen a los programas de acompañamiento profesional. Sea que se ejecuten por el Estado directamente o por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente ante el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, **son principios rectores de los programas de acompañamiento profesional** el interés superior del niño, su derecho a ser oído, **la autonomía progresiva**, la no patologización, la no discriminación arbitraria, la confidencialidad, la dignidad de trato y el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos (...)”³². Por su parte, el artículo 7, inciso 1 de este decreto agrega que: “Características de los programas de acompañamiento profesional. El acompañamiento que brinden los programas será personalizado, debiendo el equipo profesional que intervenga en el programa de acompañamiento respectivo, respetar los procesos individuales de **cada niño, niña o adolescente**, así como de su grupo familiar. **Para ello, deberá considerar la autonomía progresiva de los primeros**, además de su contexto psicosocial y familiar”³³.

El Considerando N° 7, letra a) del Decreto N° 7, que aprueba texto que actualiza las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad, de 5 de enero de 2018, establece que: “La Observación General N° 15, del Comité de los Derechos del Niño, que, en el año 2013, señaló **que en virtud de su autonomía progresiva**, los niños pueden someterse ‘a determinados tratamientos e intervenciones médicos sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y aborto en condiciones de seguridad’ (...)”³⁴.

El artículo segundo, letra c) del Decreto N° 22 del Ministerio del Deporte, que aprueba el Protocolo General para la Prevención y Sanción de las Conductas de Acoso Sexual, Abuso Sexual, Discriminación y Maltrato en la Actividad Deportiva Nacional, dispone lo siguiente: Principios que informan el Protocolo. (...) “**Principio de autonomía**

³¹ Las negrillas son mías.

³² Las negrillas son mías.

³³ Las negrillas son mías.

³⁴ Las negrillas son mías.

progresiva y el derecho a ser oído, consagrado en el artículo 12° de la Convención de Derechos del Niño (...)”³⁵.

La recepción y forma de la misma, de la noción de “autonomía progresiva” en el Borrador de Constitución presentado por la Convención Constitucional, no constituye una cuestión carente de relevancia jurídica, toda vez que la Carta Fundamental (en caso de aprobarse el texto propuesto) constituye la norma jurídica positiva fundante de las demás disposiciones del sistema jurídico³⁶.

3. NORMAS DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 2022 QUE RECOGEN LA “AUTONOMÍA PROGRESIVA”

Dos son las normas de la Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 que hacen alusión a la noción de autonomía progresiva: los artículos 26 N° 2 y 41 N° 2. El artículo 26 N° 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 establece que: “Artículo 26. (...) 2. **El Estado tiene el deber prioritario de promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, resguardando su interés superior, su autonomía progresiva, su desarrollo integral y su derecho a ser escuchados y a participar e influir en todos los asuntos que les afecten, en el grado que corresponda a su nivel de desarrollo en la vida familiar, comunitaria y social**”³⁷. Esto es, el Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 incorpora las nociones de “interés superior” (del menor) y “autonomía progresiva”.

El artículo 41 N° 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 establece que: “Artículo 41. (...) 2. Esta (el numeral 1 se refiere a la libertad de enseñanza y al deber del Estado de respetarla) comprende la libertad de madres, padres, apoderadas, apoderados y tutores legales a elegir el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y **la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes** (...)”³⁸.

Es interesante, agregar a estas normas, aquello que indica la Propuesta de normativa constitucional para el Capítulo de Derechos Fundamentales sobre reconocimiento y

³⁵ Las negrillas son mías.

En este mismo sentido, utilizan la noción de “autonomía progresiva”, los siguientes cuerpos normativos: la Orden n° 2.785 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, sobre procedimiento policial para proceder a dejar en libertad o entregar a adulto responsable a los adolescentes, de 27 de julio de 2020 (Considerando B); el Decreto N° 128, que reglamenta los requisitos de adquisición, mantención y pérdida de la autorización de funcionamiento de establecimientos de educación parvularia, de 09 de enero de 2018 (artículo 8, letra c); Decreto N° 471, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, de 2 de abril de 2019 (artículo 3, letra b); entre otras normas.

³⁶ Confróntese: Espejo, 2017, p. 11.

³⁷ Las negrillas son mías.

Esta norma fue aprobada por la sesión 84ª del Pleno (Oficio N° 711 de 18 de abril de 2022).

³⁸ Las negrillas son mías.

protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Nueva Constitución, presentada, entre otros por el Convencional Sr. Harboe: “(...) Si bien, la constitucionalización de los derechos de la infancia o de la adolescencia no garantiza el respeto a los derechos, **es sin duda un paso esencial para la aplicación de los mismos**, pues como ha concluido la doctrina internacional (...)”³⁹. Por ello, aun cuando la constitucionalización del concepto de “autonomía progresiva” no viene acompañada de una delimitación del mismo, es positivo incluirlo en la Propuesta y, además, no definirlo, ya que esta sería una noción marco que será determinada por el tribunal de la instancia caso a caso, atendida las circunstancias que rodean el caso planteado a su conocimiento y fallo.

Dicho lo anterior cabría, en segundo término, establecer en qué materias específicas del derecho de familia y de la infancia podría aplicarse la noción de autonomía progresiva. Así, por ejemplo, cuando el niño, niña o adolescentes ejerza su derecho de libertad de expresión e información⁴⁰, debe tenerse a la vista su autonomía progresiva⁴¹. Asimismo, el derecho de los niños, niñas o adolescentes a ser oídos⁴², entre otras materias. La autonomía progresiva, en dichas materias, viene a constituir un verdadero criterio para interpretar las normas jurídicas aplicables a niños, niñas y adolescentes, todo con el fin de que efectivamente ellos sean escuchados antes de adoptar una decisión que los afecte.

Como comentario adicional, es posible discutir la primera parte del artículo 26 Nº 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022: “Artículo 26. (...) 2. El Estado tiene el deber prioritario de promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes (...)”. La norma habla del deber “prioritario” del Estado aun cuando, en doctrina, es a lo menos discutible el grado de la intervención estatal, la que se estima, debe ser mínima⁴³. En este sentido, Lepín señala que: “(...) Con la tendencia igualatoria de derechos, surge la necesidad de proteger a las personas que se encuentran en una situación de especial indefensión o desamparo, que haga imperiosa la intervención del Estado a través de sus órganos, especialmente, por la judicatura de familia⁴⁴. Por su parte, para Pinochet y Ravetllat: “(...) En otras palabras, entendemos que la actuación protectora de los poderes públicos –sea por vía administrativa o judicial– se guía por el principio de subsidiariedad progresiva, esto es, el alcance e intensidad de la intervención del Estado vendrá condicionado por el grado de desatención o desprotección que sufra la persona menor de edad en el seno de su familia”⁴⁵.

³⁹ Harboe; Chahín; Barceló; Castillo; Squella; Logan; Sepúlveda y Fernández, 2022, p. 2. Las negrillas son mías.

⁴⁰ Confróntese: Rivera y Huerta, 2022, p. 8.

⁴¹ Couso, 2006, p. 151.

⁴² Confróntese: Couso, 2006, pp. 145-166.

⁴³ Al respecto, véase: Lathrop, 2014, pp. 204-205; Libertad y Desarrollo, 2020, p. 4; Mc Donald; Martín y Mora, 2019, pp. 580-592; Estrada, 2015, p. 160; Pinochet y Ravetllat, 2015, pp. 69-96; Ravetllat, 2017, p. 258; Rossel, 2022, pp. 128-156; Saracostti; Caro; Grau; Kinkead y Vatter, 2015, pp. 215-244; Valverde, 2008, pp. 95-119; Villalta, 2021, pp. 21-38.

⁴⁴ Al respecto, véase: Lepín, 2021, pp. 32-33.

⁴⁵ Pinochet y Ravetllat, 2015, p. 79.

4. CONCLUSIÓN

La Propuesta de Constitución Política de la República de 2022 incluye en dos de sus normas la noción de autonomía progresiva. Es interesante la constitucionalización de este concepto, toda vez que las normas de inferior jerarquía deberían ajustarse a las funciones que cumple este concepto y, además, esta noción permitiría adoptar decisiones aplicables a menores conforme con lo que efectivamente ellos deseen. Aun cuando, es discutible el radio de intervención estatal tratándose de la segunda norma (art. 41 N° 2), el que como se vio, se considera que debe ser mínimo.

REFERENCIAS

- ALARCÓN CAÑUTA, MIGUEL ÁNGEL (2015), “Crítica al tratamiento de los créditos por deudas de alimentos o compensación económica en el procedimiento concursal de la persona deudora”, *Revista de Derecho UCSC*.
- ÁVILA, MARCOS ALEJANDRO (2019), “Limitaciones de su aplicación según el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Trabajo Final de Graduación, Universidad Siglo 21.
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO (2018), “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, *Revista Ius et Praxis*.
- CAMPOS GARCÍA, SHIRLEY (2009), “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”, *Revista IIDH*.
- CÉSPEDES PROTO, RODRIGO (2012), “Propósito del derecho a la educación: Comentario a la Sentencia Laurie Sáez con Colegio San José Ltda.”, *Derecho Público Iberoamericano*.
- COUSO, JAIME (2006), “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del Niño*.
- ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA (2015), “Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales”, *Revista de Derecho Privado*.
- ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS (2017), “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”, *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, pp. 11-43.
- ESTRADA VÁSQUEZ, FRANCISCO (2015), “Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas”, *Revista Ius et Praxis*.
- FERNÁNDEZ ESPINOZA, WILLIAM HOMER (2017), “La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial”, *Vox Juris*.
- FERRERO, ANDREA Y DE ANDREA, NIDIA (2017), “Autonomía progresiva y consentimiento informado en menores de edad en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Desafíos para la psicología”, *Anuario de Investigaciones*.
- GAUCHÉ MARCHETTI, XIMENA Y LOVERA PARMO, DOMINGO (2019), “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos”, *Revista Ius et Praxis*.

- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ (2018), “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*.
- HARBOE BASCUÑÁN, FELIPE; CHAHÍN VALENZUELA, FUAD; BARCELÓ AMADO, LUIS; CASTILLO VIGOUROUX, EDUARDO; SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN; LOGAN, RODRIGO; SEPÚLVEDA, CAROLINA Y FERNÁNDEZ CHADWICK, PATRICIO (2022), *Propuesta de normativa constitucional para el Capítulo de Derechos Fundamentales sobre reconocimiento y protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Nueva Constitución*, en <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/622-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-cc-Felipe-Harboe-Reconocimiento-y-proteccion-integral-de-derechos-de-NNA.pdf>
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA (2014), “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN (2021), “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2020), “Creación del Servicio de Protección a la Niñez: primer paso de una larga carrera”, *Temas Públicos*.
- MC DONALD, ERDMANN; MARTÍN, GERÓNIMO Y MORA, ASTRID (2019), “Modos de intervención estatal sobre la infancia y su relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes”, *REDEA. Derechos en acción*.
- MONTEJO RIVERO, JETZABEL MIREYA (2021), *La capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes*, Bogotá, Editorial Temis.
- NIETO, MARÍA BIBIANA (2020), “Derechos personalísimos y autonomía progresiva del menor de edad en Argentina: sus derechos a la intimidad, al honor y a la imagen”, *Revista de Derecho*.
- OCHOA, MARÍA LAURA (2019), “Participación y autonomía progresiva del adolescente. Democratización escolar en Buenos Aires (Argentina)”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*.
- OLIVARES CONTRERAS, ANTONIO (2021), “Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes y su impacto en la responsabilidad civil de los padres”, *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- PARRA SEPÚLVEDA, DARÍO Y, RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2019), “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos”, *Revista Ius et Praxis*.
- PÉREZ DE LA PLAZA, EVA (2003), *Autonomía personal y salud*, Salamanca, Gráficas Varona, S. A.
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO Y RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2015), “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2020), “Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia: el niño, niña y adolescente como epicentro del sistema”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2018), “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile”, *Revista Ius et Praxis*.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2017), “El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior”, *Revista Ius et Praxis*.
- RIVERA RESTREPO, JOSÉ MAXIMILIANO Y HUERTA MEZA, MARÍA BELÉN (2022), “La libertad de expresión y de información en los menores de edad en España”, *Revista Justicia & Derecho*.
- ROELLO, LORENA (2012), “Autonomía progresiva. Una nueva forma de concebir a los menores en cuanto a sus derechos”, Trabajo Final de Graduación, Universidad Empresarial Siglo 21.
- ROSSEL CASTAGNETO, MARÍA LORENA (2022), “La necesaria constitucionalización de los derechos del niño. Propuestas para avanzar hacia el reconocimiento de los derechos de los niños y garantizar su efectividad en la nueva Constitución”, *Estudios Constitucionales*.
- SARACOSTTI, MAHIA; CARO, PAMELA; GRAU, MARÍA O.; KINKEAD, ANA PATRICIA Y VATTER, NICOLÁS (2015), “El derecho de participación en la niñez: alcances y desafíos para la investigación social”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*.
- VALVERDE MOSQUERA, FRANCIS (2008), “Intervención Social con la Niñez: operando el enfoque de derechos”, *Niñez y Políticas Públicas*.
- VARGAS PAVÉZ, MACARENA Y, CORREA CAMUS, PAULA (2011), “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, *Revista Ius et Praxis*.
- VENEGAS SEPÚLVEDA, PAULA ANDREA (2010), “Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos”, Memoria de Prueba, Universidad de Chile.
- VILLALTA, CARLA (2021), “Antropología de las intervenciones estatales sobre la infancia, la adolescencia y la familia”, *Cuadernos de antropología social*.
- VIOLA, SABRINA (2012), “Autonomía progresiva niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, *Cuestión de Derechos. Revista electrónica*.
- ZAPICO LAFUENTE, JULIETA (2020), “Análisis teórico y aplicado del principio de autonomía progresiva en la primera infancia”, *Revista de Estudios Ius Novum*.

